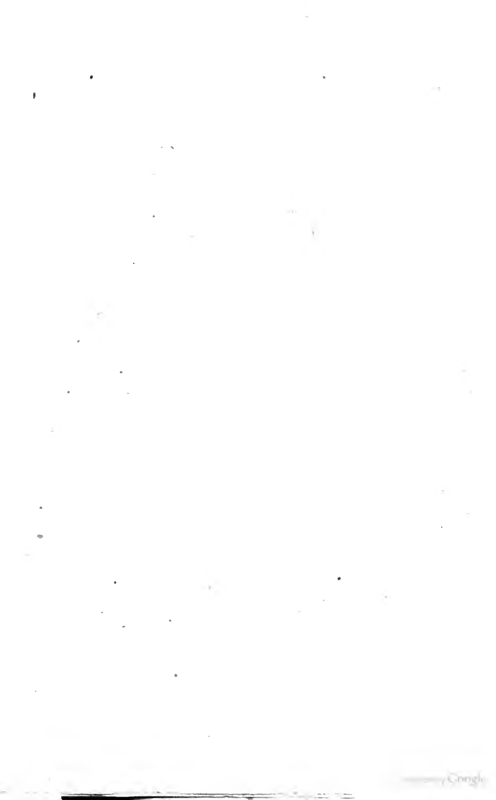






Das

jus naturale,

aequum et bonum und jus gentium

der Römer.

Von

Dr. Moritz Voigt.

Erster Theil:

Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer.

Leipzig,
Voigt & Günther.
1856.

Die Lehre

vom

jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer.



Von

Dr. Moritz Voigt,
Privatdocenten an der Universität Leipzig.

Leipzig,
Voigt & Günther.
1856.

Sr. Excellenz

dem Herrn

Dr. Ludwig Carl Heinrich Freih. von der Pfordten,

Königlich Bayerischen Staatsrathe in ordentlichen Diensten, Staatsminister des Königlichen Hauses und des Aeußern, Vorsitzendem im Ministerrathe, Großkreuze rc. rc. rc.

meinem academischen Lehrer

in Ehrerbietung und Dankbarkeit

gewidmet.

Inhalt.

Erste Abtheilung.

Die Lehre vom jus naturale in der griechischen Philosophie.

Zweite Abtheilung.

Die Lehre Cicero's vom jus naturale.

Viertes Capitel.

Gegenseitiges Verhältniß von jus naturale, aequum et bonum und jus gentium.

Zweite Periode.

Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium bis zum Verfall der römischen Rechtswissenschaft.

Erstes Capitel.

Einfluß der Philosophie auf die römische Rechtswissenschaft.

Zweites Capitel.

Jus naturale.

Drittes Capitel.

Aequitas.

Viertes Capitel.

Jus gentium.

Fünftes Capitel.

Gegenseitiges Verhältniß von jus naturale, aequum et bonum und jus gentium.

Dritte Periode.

Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium bis zum Zeitalter Justinian's.

Beilagen.

Einleitung und Plan des Werkes.

Drei Gegensätze sind es, welche als die bestimmenden Basen im Bildungsprocesse des römischen Rechtes durchgreifend sich offenbaren, und auf die sonach jede rechtswissenschaftliche Forschung in letzter Instanz mit innerer Nothwendigkeit hingeleitet wird: Die Gegensätze von jus naturale und jus civile, von aequum et bonum und strictum jus, von jus gentium und jus civile. Sie bilden den Stoff des gegenwärtigen Werkes.

Jene Gegensätze bieten der Anschauung eine doppelte Seite ihres Wesens dar: die Vorstellung und den Begriff, der in ihnen herrschend sich offenbart; und die Rechtsmaterie selbst, welche vom leitenden Grundbegriffe umschlossen wird; dieses die bestimmte Substanz, jenes der bestimmende Gedanke. Beide Beziehungen sind bei einer wissenschaftlichen Erörterung jener Gegensätze möglichst streng zu scheiden, weil nur auf diesem Wege die unheilvollsten Irrthümer vermieden werden können und eine fruchtbringende Einsicht in das Wesen jener Gegensätze möglich ist. Hierdurch bedingt, zerfällt daher das gegenwärtige Werk in zwei große Hauptpartheien, deren jede durch das Eine jener beiden Elemente gegeben ist.

Die eine dieser beiden Parthieen umfaßt die jenen Begriffen untergeordnete Rechtsmaterie in ihrer durch historische Entwickelung und Fortbildung gegebenen, successiv verschiedenen Formation. Sie erfüllt den Raum des zweiten und dritten Theiles, der, rein rechtsgeschichtlicher Natur, das jus gentium und aequum et bonum behandelt, während das jus naturale einer besonderen Darstellung nicht weiter bedarf.

Die andere jener Parthieen wird gegeben durch die Wesenbestimmung jener Gegensätze an sich. Bei der durch diesen Standpunkt bedingten Anschauung des Objectes bietet sich aber dem forschenden Auge das Bild einer mehrfältigen innigen Verschlingung der obigen drei Begriffspaare, die theilweis sogar bis zu einem solchen Grade sich steigert, daß einzelne jener Begriffe geradezu für identisch erklärt werden. Dieses namentlich bei den Pandectenjuristen zu Tage tretende Verfahren widerstreitet jedoch bei einem prüfenden Eindringen in das Wesen der gegebenen drei Begriffsgruppen mehrfach den Gesetzen des materialen wie formalen Denkens, daher vor Allem jene künstliche, auf einem falschen Schein beruhende, irrige Identität zu zerstören, in analysirender Weise die Selbstständigkeit der betreffenden Begriffe herzustellen und die totale Verschiedenheit des Inhaltes derselben darzulegen, die theilweise Fremdartigkeit des unter ihnen begriffenen Stoffes andeutungsweise hervorzuheben ist.

Jene Wahrnehmung indeß, wie bei offener Unzuständigkeit und bei nahe tretender Inconsequenz jene innere Verbindung von jus naturale, aequum et bonum und jus gentium, wie andrerseits von deren Gegensätzen von hochbegabten Trägern der Rechtswissenschaft aufrecht erhalten und vertreten wird, weist andrerseits gleichzeitig darauf hin, daß jene fehlerhaft festgestellte Verknüpfung nicht ein unbeachtliches Product willkührlicher Ideencombination sei, sondern daß eben nur die Modalität jener Verknüpfung irrig, dagegen irgend welches andere Centrum gegeben sei, in welchem jene Begriffe in letzter Instanz zusammenlaufen und die zerstörte Einheit mit höherer objectiver Wahrheit sich wieder herstellen läßt.

So umfaßt auch diese zweite Parthie unseres Werkes wiederum ein doppeltes Material: Das rein historische, gegeben durch die Erforschung jener Lehrbegriffe an sich, wie durch die Untersuchung und Prüfung der von dem Alterthume selbst festgestellten Wesenbestimmungen und gegenseitigen Beziehungen dieser Begriffe; und das historisch-speculative, gegeben durch die Erwägung der thatsächlichen und wirklichen gegenseitigen Beziehung jener Lehrbegriffe; jenes das dogmengeschichtliche

Element, welches den gegenwärtigen ersten Theil erfüllt; dieses der Stoff einer abstrahirenden Erwägung des Ganges der historischen Rechtsbildung, welche als Schlußstein des Ganzen den vierten Theil in Anspruch nimmt.

Indem wir nun den Blick dem gegenwärtigen ersten Theile insbesondere zuwenden, so erkennen und vermeiden wir zwei Fehler, die unabwendbar zu den gröbsten Irrthümern führen müssen: die Vernachlässigung der Beachtung der successiven, wie der simultanen Begriffsformationen. Die erste Rücksicht verbietet, den Zeitraum, innerhalb dessen die hier fraglichen Begriffe den Geist der Wissenschaft bewegten, als ein einheitliches Ganze aufzufassen, welches in allen seinen Zeittheilen von der nämlichen Vorstellung geleitet sein sollte. Solcher Voraussetzung würde widerstreiten jenes psychologische Gesetz, daß der Geist des Menschen, wie der Menschheit nur zögernd und nur allmählig bis zu einer bestimmten Begriffsgestaltung sich durcharbeitet und daß die jeweilig herrschende Auffassung stets das Resultat eines voraufgängigen Bildungsprocesses ist. Schon ein nicht allzu tiefes Eindringen in die Reste der Ciceronianischen Literatur überzeugt aber, daß zwischen dem Standpunkte der ausgehenden Republik und dem Zeitalter der Pandectenjuristen eine wesentliche Meinungsverschiedenheit obwaltete, und daß z. B. die Werke Cicero's auf eine genetische Verschiedenheit der Begriffe des jus naturale und jus gentium deutlich hinweisen, somit aber darauf hinführen, daß die Verbindung beider Begriffe ein Werk späterer Zeiten ist.

Die Beachtung der simultanen Mannichfaltigkeit verbietet insbesondere, lediglich unter Anerkennung einer zweifachen Gestaltung des Begriffes des jus naturale die Vorstellungen der römischen Juristen als den Guß aus Einer großen Form aufzufassen [1]), hiermit aber die Erwägung aus den Augen zu setzen,

---

1) Eine anerkennende Erwähnung verdient Savigny, der in seinem System, Beilage I. diesen Moment schärfer in's Auge faßte, als irgend einer seiner Vorgänger und Nachfolger. Da jedoch Savigny's Standpunkt der dogmatische war, so hat die rein rechtshistorische Forschung nach jener Richtung hin seinem Auge sich mehr entzogen. Ein längeres Verweilen bei dem angeschauten Gegenstande würde denselben unzweifelhaft zu der Erkenntniß geführt haben, wie die vermeinte Uebereinstimmung eines

wie es dem forsch- und zweifelsüchtigen Geiste der Menschen widerstrebt, auf dem Gebiete speculativer und abstrahirender Betrachtung in compacter Uebereinstimmung vorwärts zu schreiten, und in einheitlicher Bewegung ebenmäßigen Schritt zu halten, wie gleichen Weg zu verfolgen. Und auch hier lehrt eine Betrachtung der Quellen, die sich fern hält von jener Voreingenommenheit, welche durch eine uns traditionell gewordene Anschauung bedingt ist, daß insbesondere bezüglich des jus naturale innerhalb jener Duplicität dieses Begriffes keineswegs die Harmonie der Ansichten obwaltet, welche man nach der Verbindung ihrer Lehren zu dem einheitlichen Ganzen des corpus juris vorauszusetzen vielleicht berechtigt ist.

Um jenen ersten Fehler zu vermeiden, wird die nachstehende Untersuchung nach Perioden ihre Betrachtung fixiren, deren erste mit dem Zeitalter Cicero's, also der ausgehenden Republik, deren zweite mit dem Ersterben der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts und zwar in der Mitte des 3. Jahrhunderts n. Chr., also mit Philippus Arabs, deren dritte endlich mit Justinian abschließt. Dagegen wird andrerseits die Betrachtung der Schicksale der erörterten Begriffe auf römischem Boden erst da einsetzen, wo die letzteren eine urkundliche Beglaubigung erhalten, und diesen Zeitpunkt bildet wiederum im Wesentlichen das Zeitalter Cicero's. Zwar umschließt diese Gränzbestimmung nicht in jeder Beziehung vollständig den Stoff, der unserem Gebiete anheimfällt, allein dennoch war dieselbe geboten durch die Rücksicht, daß ein Zurückgehen auf frühere Jahrhunderte den Rahmen zersprengen würde, der, den gegenwärtigen Theil umschließend, den demselben überwiesenen Stoff als scharfbegränztes, einheitliches Ganze erscheinen läßt, während andrerseits die Möglichkeit, im zweiten und dritten Theile das noch fehlende weit angemessener anzufügen, bei jener Gränzbestimmung maßgebend mitwirkte.

Um jenen zweiten Fehler zu vermeiden, wird die Untersuchung namentlich in der zweiten Periode, wo eine allgemeinere Verschiedenheit der Ansichten uns entgegentritt, nach bestimmten

---

Gajus, Paulus und Marcian, eines Ulpian und Tryphonin in der That nicht obwaltet.

Claſſen die Träger der verſchiedenen Begriffe abſchichten, wobei jedoch, um den nothwendigen Geſammtüberblick nicht zu verlieren, eine Totalauffaſſung der Anſichten der betreffenden Periode, jedoch auch hier mit Rückſicht auf die obwaltende Divergenz, an die Spitze geſtellt werden wird.

Die Beſchaffenheit des zu behandelnden Stoffes gebot jedoch, von den feſtgeſtellten Grundzügen und Gränzlinien in drei verſchiedenen Punkten abzuweichen.

Zunächſt nämlich treten der Erforſchung des antiken Lehrbegriffes von der aequitas nicht allein hiſtoriſche Schwierigkeiten entgegen, ſondern ein nicht geringes Hinderniß bereitet auch der Unterſuchung die moderne Wiſſenſchaft ſelbſt, inſofern dieſelbe in keiner Weiſe zu einem genügenden Abſchluſſe hinſichtlich der Weſenbeſtimmung der Billigkeit gelangt iſt. Da man nun juriſtiſcher Seits meiſt zu der ſehr richtigen Anſicht gelangte, daß die römiſche aequitas in ihrer Erſcheinung eine vielfältige Verſchiedenheit von der deutſchen Billigkeit bietet, gleichwohl aber dieſe Unterſcheidungsmerkmale nicht beſtimmt werden können ohne klare Einſicht in die Natur der Billigkeit; ja da überhaupt die Weſenbeſtimmung der aequitas mit Ausſicht auf Erfolg gar nicht unternommen werden kann, ohne daß man über den correſpondirenden modernen, ſei es identiſchen, ſei es blos verwandten Begriff zur richtigen Erkenntniß gelangt iſt, weil ohne dieſes unſere Anſchauung niemals zu einer klaren Vorſtellung von dem antiken Gedankenſtoff ſich erheben kann; ſo konnten auch die wenigen über die aequitas bisher geführten Unterſuchungen bei der mangelhaften Löſung der die Billigkeit betreffenden Vorfrage ein fruchtbringendes Reſultat nicht liefern, vielmehr mußte uns das Weſen der römiſchen aequitas ein ungelöſtes, wenn auch nicht, wie Hommel meint, ein unlösbares Räthſel bleiben. Die Erkenntniß dieſer Sachlage gebietet daher, bei der Unterſuchung über die aequitas der Römer von dem Weſen der deutſchen Billigkeit auszugehen, um des Unterſchiedes, wie der Uebereinſtimmung zwiſchen Beiden ſich bewußt zu werden. Dies iſt die der erſten Periode überwieſene Aufgabe der erſten Abtheilung von Kap. I.

Ein zweiter Punkt betrifft das jus naturale. Dieſer Lehrbegriff wird im Zeitalter Cicero's und durch dieſen ſelbſt in

den Ideenkreis der Römer eingeführt, allein nicht als Product der eigenen Speculation, sondern als eine von der griechischen Philosophie empfangene Ueberlieferung. Diese Genesis selbst kann gegenüber den einschlagenden historischen Thatumständen niemals bezweifelt, wohl aber konnte sie verkannt werden, so lange man nicht ein Gesammtbild von jener Lehre Cicero's entwarf. So nun wird durch Cicero die Lehre vom jus naturale als Erzeugniß griechischer Weisheit in die römische Wissenschaft verpflanzt, und erlangt hier einen Einfluß, der in keiner Weise in der Person Cicero's sich abschließt, vielmehr einerseits über alle Zweige römischer Wissenschaft befruchtend sich verbreitet, andrerseits ganz unmittelbar auf die Ideenwelt Griechenlands sich zurückleitet. Eine gründliche Erforschung des vielverkannten und vollständig unterschätzten jus naturale der Römer ist daher, will sie Aussicht auf Erfolg haben, mit Nothwendigkeit darauf hingewiesen, den Gang jener Lehre bis zur Quelle zurück zu verfolgen und von den Philosophemen Griechenlands ausgehend zur Doctrin Rom's vorwärts zu schreiten. Hierbei aber kann die Untersuchung wiederum nicht darauf sich beschränken, lediglich die Lehrsätze derjenigen griechischen Philosophen zu reproduciren, deren Einfluß auf die römische Wissenschaft bestimmter, deutlicher und unmittelbarer zu Tage tritt, sondern um ein volles, fruchtbringendes Verständniß zu gewinnen, mußten die Dogmen Griechenlands über das jus naturale von ihrer ersten historischen Beglaubigung abwärts bis zu dem Zeitalter Cicero's Schritt für Schritt in dem Gange ihrer Entwickelung verfolgt werden. Dies aber ist die Aufgabe der ersten Abtheilung von Kap. III. innerhalb der ersten Periode.

Mit der zweiten Periode endlich begegnen wir der Lehre vom jus naturale in der römischen Jurisprudenz. Hier nun entsteht die unabweisbare Frage, inwieweit wir den Lehrsätzen der Philosophie Griechenlands, wie eines Cicero und Späterer einen Einfluß auf die Gestaltung jenes Lehrbegriffes der Jurisprudenz zugestehen dürfen. Dieser Punkt aber erscheint wiederum bedingt durch die erstere Frage, ob und welchen Einfluß überhaupt wir der Philosophie auf die römische Jurisprudenz beizumessen haben. Da jedoch gerade dieser letztere Punkt von Seiten unserer Rechtsgeschichte so einseitig und kurzsichtig wie

nur immer denkbar behandelt ist, so mußte vor Allem diese Frage, wenn auch nicht zu völlig erschöpfender Erledigung geführt, so doch in einer angemesseneren und eindringenderen Weise erörtert und festgestellt werden. Dies aber ist der dritte Punkt, in welchem wir die gegebene Gränze unserer Aufgabe überschreiten, jene Untersuchung in das erste der die zweite Periode betreffenden Capitel verweisend.

Innerhalb der Gränzlinien unserer Untersuchung war aber ein möglichst gründliches, allseitiges und erschöpfendes Eingehen auf den zu behandelnden Stoff durch den Standpunkt unserer Rechtsgeschichte geboten. Denn die Stellung, welche diese moderne Doctrin gegenüber dem Stoffe unseres Werkes einnimmt, ist eine so unklare und selbst der Aufgabe und des Zieles ihrer Forschung so mangelhaft sich bewußte, daß die Resultate, zu denen dieselbe gelangt ist, nothwendiger Weise durchgehends ungenügend, meistentheils aber geradezu wahrheitswidrig sein mußten. Gerade dieser Umstand gebot aber wiederum einerseits eine Polemik zu vermeiden, die, wenn überhaupt aufgenommen, Schritt um Schritt hätte geführt werden müssen, während andrerseits wiederum das Citiren der Vorgänger in den Punkten, wo etwas Richtiges von diesen bereits festgestellt ist, im Allgemeinen als entbehrlich sich erwies, weil vorausgesetzt werden darf, daß die Lehrbücher von Savigny, Schilling und Puchta [2]), sowie die einen Theil unseres Stoffes betreffende Monographie von Dicksen [3]) in den Händen der Leser sich befinden, jene Werke aber vollkommen genügen, über den Standpunkt sich zu orientiren, den unsere Wissenschaft in Bezug auf die behandelten Lehren einnimmt.

Die Hauptaufgabe der gegenwärtigen Untersuchung mußte aber gegenüber dem Standpunkte unserer Geschichte des römischen Rechtes darin gefunden werden, ein Mehreres zu bieten, als jene unbestimmten und unklaren Expositionen, welche die partiellen Regelwidrigkeiten des antiken Ideenganges nicht er-

2) Savigny System Bd. I §. 15, §. 22 und Beilage I. Schilling Lehrbuch für Institutionen Bd. II. §. 9 und 10, Zusatz. Puchta. Cursus der Institutionen Bd. I §. 83—85. 101.

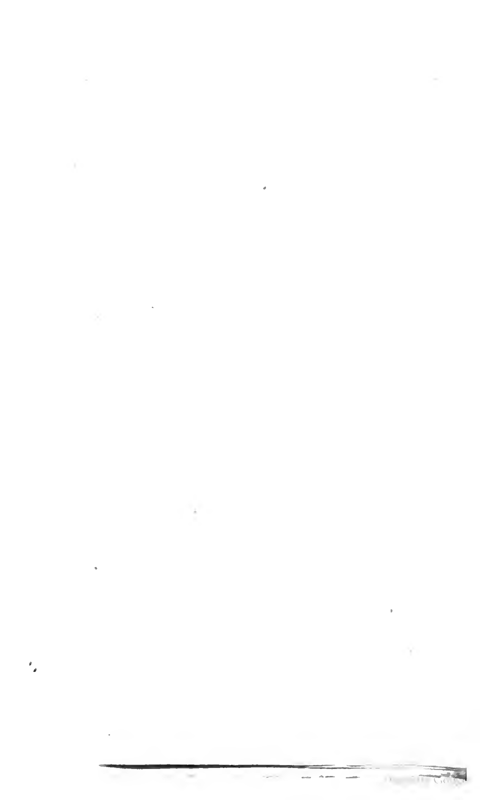
3) Vermischte Schriften Thl. I. Nr. 9.

kennen und enthüllen, vielmehr dazu beitragen, solche dem Auge zu entziehen und zu verdecken; welche zur Klarheit des eigenen Begriffes sich nicht erheben, sondern in vereinzelten und undeutlichen Anschauungen sich bewegen; welche für die Wissenschaft fruchtlos geblieben sind, weil sie, Schatten gleich, vor dem Auge vorüberziehen, unvermögend, den Eindruck eines bestimmten Bildes dem Geiste zu hinterlassen.

Erste Periode.

Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium

im Zeitalter Cicero's.



Erstes Capitel.

Aequitas.

Erste Abtheilung.

Begriff der Billigkeit und aequitas im Allgemeinen.

§. 1.

Begriff der Billigkeit.

Die aequitas der Römer ist unserer Wissenschaft ein noch ungelöstes Räthsel, da alle Versuche, welche gemacht worden sind, das Wesen jener zu erklären[5]), entweder zu einer Feststellung des allgemeinen Begriffes selbst sich nicht erheben oder aber dem Vorwurfe unterliegen, daß der gewonnene Begriff nicht als unmittelbares Resultat aus den durch die Quellen gebotenen concreten Erscheinungsformen sich ergibt, daher andrerseits auch nicht als allgemeines Fundament diesen einzelnen Kundgebungen der aequitas unterbreitet werden kann. Diese Ueberzeugung von Fruchtlosigkeit und Irrthümlichkeit der bisher gewonnenen wissenschaftlichen Resultate gebot, unabhängig von dem Vorgange der frühern Bearbeiter dieser Lehre, auf eigener Bahn zu neuer Forschung zu verschreiten. Das gewonnene Resultat dieser Untersuchung ergibt, daß in allen Perioden, welche der durchforschte Zeitraum umfaßt, der Begriff selbst der aequitas der nämliche ist, daß jedoch die Anwendungen dieses Begriffes und seine ein-

---

5) Albrecht, die Stellung der röm. aequitas in der Theorie des Civilrechtes, Dresden und Leipzig, 1834, woselbst p. 43, Note 91 die Literatur; dazu Schilling, Progr. de aequitatis notione, ex sententia iuris Romani recte definienda, Lips. 1835: im Extract in dessen Lehrbuch für Instit. II. §. 10 Zus., sowie Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts, p. 18 ff.; vergl. auch Savigny, System §. 15, Puchta, Pand. §. 21. unter 1, Institutionen §. 73. 85.

zelnen Erscheinungsformen in den verschiedenen Perioden verschiedene sind. Indem wir daher für alle Perioden den Begriff selbst der aequitas voranstellen dürfen, so gehen wir hierbei aus von der Billigkeit der Deutschen, um durch eine vergleichende Nebeneinanderstellung beider Begriffe und durch die Erkenntniß von deren Identität oder Verschiedenheit zu einer klaren und deutlichen Vorstellung über die aequitas der Römer zu gelangen.

Das Wesen der Billigkeit wiederum hat in noch ausgedehnterem Maße als die römische aequitas die verschiedenartigste Beurtheilung erfahren, und zahllos im wahrsten Sinne des Wortes sind die Erklärungen, welche von den verschiedenen Disciplinen der modernen Wissenschaft, von Juristen, wie von Philosophen, von Theologen, wie von Sprachforschern über die Billigkeit gegeben sind[6]). Ihre Prüfung und Widerlegung im Einzelnen würde unfruchtbar sein; vielmehr schlagen wir den Weg ein, unter allgemeiner Berücksichtigung jener Definitionen durch vergleichende Gegenüberstellung von Billigkeit und Recht im Wege einer Synthese zur Feststellung des Begriffes der Ersteren zu gelangen.

Wenn die Verwandtschaft von Recht und Billigkeit darauf beruht, daß Beide Normen sind, nach denen die in die Außenwelt hervortretenden Verhältnisse des Menschen beurtheilt werden, so kann andrerseits die wesentliche Verschiedenheit Beider von vornherein ebensowohl in der Persönlichkeit der Träger jener Normen, wie in den Verhältnissen, welche Beide regeln, oder in den leitenden materialen Principien, oder in der Modalität der Beziehung Beider zu den ihrer Beurtheilung unterworfenen Verhältnissen, somit in den leitenden formalen Principien gefunden werden. Nach allen diesen Punkten hin hat die moderne Forschung sich bewegt. Man hat vermeint, daß die Billigkeit die Ansicht des Einzelnen vertritt und somit particulären Wesens ist, während das Recht innerhalb des Staates universelle An-

6) Begriffsbestimmungen Früherer finden sich mitgetheilt bei Albrecht, die Stellung der römischen aequitas, p. 18 ff., dazu kommen die Definitionen der Späteren, z. B. von Kant, Herbart u. A. — Ob übrigens Billigkeit ursprünglich die Regel des Billigen, oder vielmehr die Uebereinstimmung des Verhaltens mit jener Regel bezeichnet, ist für unsere Untersuchung gleichgültig; wir nehmen stets nur die erstere Bedeutung an.

erkennung findet; allein die Satzung der Billigkeit kann in einzelnen Punkten, wie im großen Ganzen gleich dem Rechte auf die Anerkennung der gesammten Nation sich stützen, ohne nothwendig auf individuelle und particuläre Ansicht beschränkt zu sein. Nicht minder soll eine wesentliche Verschiedenheit des Gebietes insofern obwalten, als die Billigkeit auch andere äußere Verhältnisse ihrer Beurtheilung unterstellt, als das Recht, somit über dessen Gebiet hinausgreift; allein das Recht kann zu jeder Zeit das nämliche Verhältniß, welches von der Billigkeit beurtheilt wird, seiner Normirung unterstellen, ja es wird dies sogar stets thuen, sobald nur das fragliche Verhältniß nach dem jedem Volke inliegenden Maßstabe der Wichtigkeit nicht von einer allzu untergeordneten Bedeutung erscheint. Nicht minder soll die Billigkeit durch ihre leitenden materialen Principien vom Rechte sich scheiden, indem sie z. B. den moralischen Beziehungen, insoweit solche bei den äußern Verhältnissen obwalten, Rechnung trägt, oder insofern sie nach dem Maßstabe der Würdigkeit den Erfolg bestimmt, bei gleicher Voraussetzung gleiche Folge eintreten läßt u. dergl.; allein da das Recht ebenfalls den moralischen Beziehungen, welche bei den von ihm in Beurtheilung gezogenen Verhältnissen concurriren, Rechnung trägt, wie z. B. bei der Ehe, dem Kindschaftsverhältnisse; da ferner bei dem Rechte in dem vollstem Maße leitendes Princip ist, daß es nach dem von ihm selbst gegebenen Maßstabe der Würdigkeit den Erfolg bestimmt und bei gleicher Voraussetzung gleiche Folge eintreten läßt, so wird auch in diesem Punkte jede wesentliche Verschiedenheit von Recht und Billigkeit in Abrede zu stellen sein.

Scheinbar mit mehr Berechtigung wird in der Modalität des Verhaltens von Billigkeit und Recht zu den ihrer Beurtheilung anheimfallenden Verhältnissen eine wesentliche Verschiedenheit Beider erkannt. Denn in der That kommt der Billigkeit das Vermögen zu, bei Beurtheilung der Verhältnisse allen einzelnen, denselben inliegenden besondern Beziehungen allseitig diejenige Rücksichtnahme widerfahren zu lassen, welche als angemessen und gebührend erachtet wird. Diesfalls tritt aber die Billigkeit in die innigste Beziehung zu der Individualität des concreten Falles und gewinnt insofern einen rein relativen Charakter, der dem Rechte im Allgemeinen mangelt, indem vielmehr in der Satzung

des Letztern der Charakter des Absoluten ganz entschieden vorherrscht. Denn das bunte, in den mannichfaltigsten Constellationen sich bewegende Leben des Verkehres erzeugt die Verhältnisse in einer unendlichen Vielfältigkeit ihrer einzelnen Beziehungen; diese vielgestaltigen Verhältnisse nun unter gemeinsame leitende Gesichtspunkte zu stellen, ist die Aufgabe des Rechtes, die regelmäßig in der Weise gelöst wird, daß dasselbe aus der Vielheit der Merkmale der in Betracht gezogenen Verhältnisse einige gemeinsame herausgreift und für wesentlich erklärt, daher an diese seine Satzungen anknüpft, dagegen aber in den nicht für wesentlich erklärten Merkmalen jene Verhältnisse nivellirt.

Dennoch mußten, dafern in dem relativen Charakter der Billigkeit und dem absoluten Charakter des Rechtes das wesentliche Criterium der Verschiedenheit Beider liegen sollte, die Voraussetzungen wahr sein, daß nicht allein ebensowohl das Recht der ausschließlichen Herrschaft des Princips des Relativen ausnahmslos sich entzieht, wie auch die Billigkeit niemals dem Principe des Absoluten allein und ausschließlich sich unterordnet, sondern daß auch weder die Billigkeit neben dem Relativen auch das Absolute, noch wiederum das Recht neben dem Absoluten auch das Relative als leitendes Princip anerkennt. Beide Voraussetzungen sind aber in der That unwahr: denn die constitutio personalis setzt wahres und wirkliches Recht und gleichwohl nimmt in ihr das Recht, gleich der Billigkeit, einen rein relativen Charakter an; und sodann ordnet sich auch das Recht im Allgemeinen neben dem Principe des Absoluten auch dem des Relativen unter, indem es Regeln aufstellt, welche die letzte, abschließende Determinirung des denselben unterzuordnenden Thatbestandes der nach Maßgabe der besondern Verhältnisse des concreten Falles sich bestimmenden richterlichen Erwägung anheimgibt, wie z. B. in dem Begriffe der mora, der justa causa bei der Restitution und Manumission u. dergl. (Vergl. §. 76.) Dagegen andrerseits entzieht sich wiederum die Billigkeit in dem nämlichen Maße wie das Recht der ausschließlichen Herrschaft des Principes der Relativität, sobald sie zu einer Abstraction von der Individualität des einzelnen Falles sich erhebt und zum Inbegriff von Sätzen sich gestaltet, die einer Mehrheit einzelner Verhältnisse als Norm der Beurtheilung dienen. Ja bereits

dadurch, daß die Billigkeit den Rechtssatz an und für sich und in seiner abstracten Geltung, also nicht blos in seiner Anwendung auf den concreten Fall, abschätzt und als billig oder unbillig aburtheilt, schon dadurch verläßt die Billigkeit jenes Gebiet des Relativen und tritt in das des Absoluten über, in dieser Beziehung zu gleicher Qualität wie das Recht selbst sich erhebend.

Nach Alle dem kann somit in den in Betracht genommenen Punkten der wesentliche Unterschied von Recht und Billigkeit nicht anerkannt werden, weil die aus jenen Beziehungen sich ergebenden Criterien im Gegensatze der Billigkeit zum Rechte nicht mit Ausschluß des entgegenstehenden Merkmales oder nicht je dem Einen oder dem Andern allein und ausschließlich beigelegt werden können. Vielmehr erkennen wir den wesentlichen Unterschied von Billigkeit und Recht in dem Verhältnisse Beider zu ihren Urhebern und Trägern: in dem subjectiven Charakter der Erstern, dem objectiven Charakter des Rechtes.

Denn das Recht stellt sich dar als der Wille der Staatsgewalt: mag es ausgegangen sein von welchem Subjecte immer, sobald und indem es wahres, wirkliches Recht geworden ist, so hat es aufgehört, der bloße Wille Dessen zu sein, der die Satzung selbst als seinen eigenen Gedanken in's Dasein rief und als seinen eigenen Willen aufrecht erhielt. Daher ist das Recht weder der Wille der Person, die das Gesetz unmittelbar abfaßte, noch der Wille des Volkes, in dessen Sitten und Gebräuchen es zu Tage trat; vielmehr durch seine Constituirung als Recht hat es seine wesentliche und unmittelbare Beziehung zu seinem Urheber verloren und ist fortan zum Willen der Staatsgewalt selbst geworden. Diese Transsubstantiation selbst aber wird vermittelt und vollendet durch eine Form, welche, selbst unter der Herrschaft ihrer eigenen Regeln stehend, eine fest bestimmte und ein für alle Mal gegeben ist, sei es als Gesetz, oder Gewohnheit, oder als Ausdruck der Wissenschaft. Indem nun mit einer bereits vorhandenen Regel solche Form zu einem einheitlichen Ganzen sich verbindet, und hiermit nun das Recht entsteht, so löst sich im nämlichen Momente jene Regel von ihrer unmittelbaren und wesentlichen Beziehung zu ihrem Urheber und Träger ab: sie befreit sich von der Abhängigkeit, in der sie zu diesem

als dessen Gedanken bisher gestanden, und umgiebt sich fortan mit einer eigenen selbstständigen Macht. So verkehrt sich mit jener Verwandlung dieses Abhängigkeitsverhältniß zu seinem Gegentheile: als Gedanken ihres Urhebers und Trägers war die Regel beherrscht von dem Ermessen dieses: seiner Willkür unterworfen, wurde sie beliebig erzeugt und konnte beliebig wiederum verändert und vernichtet werden; als Wille der Staatsgewalt, als Recht beherrscht sie nun ihren Urheber selbst und ist unabhängig von dessen Einwirkung auf sie, so lange sie überhaupt als wirkliches Recht noch besteht. Hiermit aber tritt diese Regel eben heraus aus jener unmittelbaren Beziehung zu ihrem Urheber und Träger und löst sich ab von dessen eigener Persönlichkeit: sie wird objectiv[7]; zuvor jedoch fiel ihre Existenz lediglich in die Sphäre des Ideenkreises ihres Trägers: sie war subjectiv. Indem nun jene erstere Eigenschaft grundwesentliches Merkmal des Rechtes, die letztere dagegen grundwesentliches Merkmal der Billigkeit ist, so beruht nun in diesem Gegensatze die wesentliche Verschiedenheit von Recht und Billigkeit.

In Folge jener subjectiven, rein ideellen Wesenheit der Billigkeit stützten sonach deren Postulate sich lediglich auf die mehr oder minder allgemeine, äußerlich freibeliebte und willkürliche Ansicht ihrer Träger: sie findet lediglich in der Ideenwelt des Urtheilenden ihre Basis, wurzelt in dem freigeistigen Gebiete der Vorstellung und Ueberzeugung, und stützt, der unbestreitbaren, wirklichen Herrschaft als nothwendig maßgebende Norm entbehrend, nur auf die innere Macht des Gedankens ihre Herrschaft. Daher erscheint sie an und für sich nur als frommer Wunsch und entbehrt ebensowohl des festen, von aller Schwankung freien Bodens, wie der äußern Macht, ihren Postulaten Geltung zu verschaffen. Dagegen das Recht verläßt das Gebiet der reinen Ideenwelt und gewinnt, über subjectives Besserwissen sich erhebend, eine reale und objective Existenz: fest abgeschlossen gegen anders lautendes Meinen, vermag es, eine effective Anwendung selbst sich beizulegen und zu erzwingen, und damit zur

7) Vergl. zu dem Obstehenden Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts, Bd. I. p. 1 ff., ein Werk, auf das ich um so lieber mich stütze, als ich dasselbe als eins der ausgezeichnetsten Producte der modernen dogmatischen Rechtswissenschaft schätze.

Norm sich zu erheben, die im Staate angewandt, in den Gerichten desselben durchgeführt wird. Tritt aber die Billigkeit in dieses Stadium der Realität, so verwandelt sie sich in Recht: die Uebereinstimmung zwischen Beiden in Einer Norm beruht einzig und allein auf einer abstrahirenden Scheidung des Denkens, nur darauf, daß ein und derselbe Satz in zwiefältiger Modalität ins Auge gefaßt wird, ebensowohl als Recht, somit als verwandelte Billigkeit, wie daneben auch als Gedanke und Postulat dessen, der als freier Träger dieser selben Norm sich denkt.

Nur auf dieser subjectiven Wesenheit der Billigkeit beruht es, wenn im Gegensatz zum Rechte ihr ein weiteres Gebiet als diesem, eine ausgedehntere Berücksichtigung der vielfältigen, den Verhältnissen inliegenden Beziehungen, wie endlich auch ein relativer Character beigemessen wird, und häufig zukommt. Denn das Recht ist in Folge der durch seine objective und formale Existenz bedingten Unwandelbarkeit in seiner Sphäre bestimmt begränzt, und für alle ihm untergeordneten Verhältnisse das nämliche; die Billigkeit dagegen, flüssig, wie die Idee, auf der allein sie beruht, für jeden Stoff empfänglich, gleich dem Gefäß, vermag in jedem Moment ihre Substanz zu verwandeln, bezüglich jedes einzelnen Falles ihr Postulat zu verändern. Lediglich aber in Folge jener von uns dargelegten wesentlichen Verschiedenheit tritt insbesondere auch im Rechte das Princip des Absoluten überwiegend zu Tage und prägt jenem den Character der starren Consequenz hervorstechend auf, während die Billigkeit dagegen als die Vertreterin der Relativität erscheint. Allein alle solche Verschiedenheiten sind eben nicht Theil des Wesens Beider, noch Grund und Ursache des Unterschiedenseins von Beiden: sie sind lediglich Folge der von uns hervorgehobenen Gegensätze, der Subjectivität der Billigkeit, der Objectivität des Rechtes; Folge ferner, die nicht durchgängig eintritt, überhaupt aber erst dann wahrnehmbar wird, wenn Recht und Billigkeit zu einem concurrirenden Urtheile in Bewegung gesetzt werden.

Darin nun, daß man die Bedeutung der zu Eingang erwähnten Merkmale überschätzte; daß man das, was Folge ist, für die Ursache ansah, und somit das, was zufälliges und ab-

geleitetes Merkmal ist, für grundwesentlich erklärte; darin liegt der Grund der Irrthümer, die bereits zu lange Zeit hindurch die Wissenschaft getäuscht haben.

So nun erscheint die Billigkeit als Ausfluß dessen, was man die rechtliche Ueberzeugung des Menschen nennen kann: unabhängig von der als Lebensregel vom Staate ausgesprochenen Satzung, erschaut der Mensch die äußeren Beziehungen und Verhältnisse nach dem nämlichen Gesichtspunkte, den im Allgemeinen das Recht selbst einnimmt; von diesem frei geistigen Standpunkte aus beurtheilt er sodann jene Verhältnisse nach einem ihm inwohnenden Maaßstabe und schätzt zu gleicher Zeit das Recht, als die im Urtheile concurrirende Norm, nach seiner Uebereinstimmung oder seinem Zwiespalte mit jenem inneren Criterium ab. Diesen inneren Werthmesser selbst aber erlangt der Mensch durch eine geistige Operation, einen Abstractionsproceß, der jedoch meistens selbst dem Auge des Gebildeten sich entzieht und diesem unerkannt bleibt. Das Resultat solcher Abstraction ist eine Summe von Regeln, welche in ihrer Gesammtheit die rechtliche Ueberzeugung bilden, insofern man jene Regeln in ihrer Beziehung zu ihrem Träger auffaßt; insofern man dagegen jene Regeln in ihrer Beziehung zu den Verhältnissen, für welche sie das Urtheil geben, betrachtet, bilden sie in ihrer Gesammtheit die Billigkeit.

Erkennen wir nun sonach in der Billigkeit die Anforderung der an sich rein subjectiven und ideellen Rechtsanschauung an, welche ebensowohl in Uebereinstimmung mit dem Rechte, wie im Widerspruche mit diesem gedacht werden kann, so ist nun auch dieselbe ebensowohl dem Individuum allein, wie der gesammten Nation beizumessen. Und vornämlich in dieser letzteren Beziehung ist dieselbe von maaßgebendem Interesse für uns und hier erblicken wir in ihr den Ausdruck der volksthümlichen Rechtsüberzeugung.

§. 2.

Historisch gegebene Stellung der Billigkeit im Allgemeinen zum Rechte.

Gleichwie bei uns das Volk seine ureigene Rechtsanschauung auch neben dem Rechte sich bildet, anerkennt, festhält und als Billigkeit offenbart, so findet sich gleiche Erscheinung wohl bei

allen zu höherer Cultur herangebildeten modernen Völkern, und ebenso steht auch bei den Griechen dem δίκαιον das εἰκός, bei den Römern dem jus das aequum et bonum gegenüber. Allenthalben ist hier das Wesen dieses Gegensatzes das nämliche, allein die Erscheinungsform desselben ist verschieden; mit andern Worten: der Begriff des εἰκός und der aequitas ist identisch mit dem der Billigkeit, allein dieser Begriff manifestirt sich bei den verschiedenen Völkern in einer verschiedenen Weise und tritt insbesondere in einen anders qualificirten Gegensatz zum Rechte. Der bestimmende Grund dieser Erscheinung beruht aber darin, daß bei den verschiedenen Völkern das Verhältniß zwischen Recht und volksthümlicher Rechtsanschauung als ein verschiedenes historisch gegeben ist; hierdurch bedingt, gestaltet sich dann der Gegensatz von Recht und Billigkeit verschieden, in Folge dessen wiederum die Letztere in anderer Weise dem Ersteren gegenüber sich offenbart.

Erwägen wir nun a priori die Modalität der historisch gegebenen Stellung der Billigkeit zum Rechte, so erkennen wir vor Allem an, wie das Recht an und für sich betrachtet und in dem ruhenden Zustande seines noch abstracten, d. i. noch nicht angewandten und verwirklichten Inhaltes in weitgreifender und compacter Uebereinstimmung mit der Billigkeit stehen kann. Dies ist das normale, ja, sagen wir, natürliche Verhältniß in der gegenseitigen Stellung Beider: denn alles Recht hat seinen Ausgang im Wesentlichen von der Billigkeit, von der rechtlichen Anschauung und Ueberzeugung des Volkes genommen, daher auch das Recht an und für sich und die Billigkeit einheitlich vom Volksgeiste getragen werden und in überwiegender und durchgreifender Maaße mit einander übereinstimmen werden. Denn wenn auch durch zeitliche Verhältnisse der Widerspruch zwischen Beiden, der von vorn herein ausgeschlossen war, entstehen wird, indem die Vorstellung vom Billigen, lediglich auf inneren Criterien beruhend und nur durch den Volksgeist getragen, im Verlaufe der Zeit je nach den verschiedenen Bildungsstufen der Völker oder in Folge besonderer äußerer Einflüsse ohne Weiteres sich verändert, während die Herrschaft der Rechtssätze, auf eine bestimmte Form, also auf äußere Criterien gestützt, an sich eine dauernde ist und zu ihrer Beseitigung eine

bestimmte, selbst wiederum formale Einwirkung erfordert, so wird doch in solchem Falle in der Regel der Volksgeist dieses ihm fremd gewordene Rechtselement bald ausscheiden und durch Substituirung der ihm angemessen scheinenden Norm die ursprüngliche Harmonie zwischen seiner rechtlichen Ueberzeugung und der daraus hervorgegangenen Rechtsregel wieder herstellen, daher jener Widerspruch zwischen der Volksanschauung und dem abstracten Inhalte des Rechtes in der Regel nur ein so particulärer und vereinzelter sein wird, daß ein Gegensatz zwischen dem Rechte an sich und der Billigkeit, als dem Producte der rechtlichen Anschauung der Nation, auf dem Gebiete der abstracten Regel gar nicht zu Tage tritt.

Bei allen den Völkern daher, wo dieses normale Verhältniß zwischen Recht und Billigkeit obwaltet, treten Beide nicht auf dem Boden des Abstracten d. i. der noch unangewandten, aber bereits gesetzten Regel im Gegensatz zu einander: nicht als noch unangewandte Regel widerstreitet dann das Recht der ohne wesentliche Beziehung auf den concreten Fall, somit ebenfalls abstract urtheilenden Billigkeit, sondern lediglich in der Anwendung und Uebertragung der Regel auf den concreten Fall tritt jener Widerspruch zu Tage, während im Stadium des Abstracten Beide übereinstimmen, weil die gleichen leitenden Grundideen und Principien, die nämlichen Satzungen und Institute hier wie dort als angemessen und nothwendig: als recht und billig erachtet werden. Der Widerspruch zwischen Recht und Billigkeit daher, indem er in der Hauptsache nur auf dem Gebiete des Concreten, der Anwendung der allgemein gesetzten Rechtsregel auf den einzelnen Fall, sich bewegt, findet aber dann seinen Schwerpunkt vornämlich in dem Gegensatze des Absoluten und Relativen: in dem Rechte, indem es eine Regel gemeinsam und gleich für eine Vielheit von Fällen und Verhältnissen aufstellt, tritt nunmehr dessen absoluter Charakter stärker hervor, während in der Billigkeit das Merkmal der Relativität schroff dem Rechte sich gegenüberstellt, weil eben die Billigkeit in Folge ihrer Subjectivität und Freiheit von formaler Accidenz und um der hieraus sich ergebenden Wandelbarkeit ihrer normativen Satzung willen gegenüber jedem concreten Falle je eine besondere Modification in ihren Postulaten

vornehmen und in anderer Weise die anerkannten Principien und generellen Sätze zur beurtheilenden Anwendung auf das gegebene Verhältniß übertragen kann.

Bei allen den Völkern dagegen, wo Recht und Billigkeit schon an sich und abgesehen von ihren Beziehungen zu dem concreten Falle, somit bereits auf dem Gebiete des Abstracten einander widerstreiten, nimmt dieser Widerspruch Beider einen anderen Character insofern an, als nun bereits in bestimmten leitenden Principien und allgemeinen Dogmen jener Gegensatz sich offenbaren und dem Bewußtsein sich darbieten, ja in jenen Grundideen sogar den Brennpunkt des Widerstreites finden wird. Daneben treten dann Recht und Billigkeit zwar ebenfalls in Anwendung auf den concreten Fall einander gegenüber, allein dieser Gegensatz wird, wenn auch keineswegs der Wahrnehmung sich entziehen, so doch in der Auffassung zurücktreten und von jenem Widerstreite der Principien selbst mehr verdeckt werden. Daher wird zu maaßgebendem Gewichte namentlich für die wissenschaftliche Anschauung nur jener Widerstreit auf dem Gebiete des Abstracten sich erheben, in jenem Punkte somit, wo die Billigkeit dem Rechte als ein an sich verschiedener normativer Stoff, als Inhalt dem in abstracto anders lautenden Inhalte gegenüber tritt.



Tritt nun in den beiden der behandelten Fälle der Gegensatz von Recht und Billigkeit nur nach dem maaßgebendem Stadium des Widerspruches Beider in das Bewußtsein des Reflectirenden, so wird gegenüber dem zuerst statuirten Verhältnisse die Anschauung sich geltend machen, daß hier das Wesen der Billigkeit darin bestehe, Norm zu sein, welche maaßgebend dem Princip des Relativen sich unterordnet oder in einem weitergehendem Maaße die verschiedenen Beziehungen des concreten Verhältnisses berücksichtigt; während beim zweiten Verhältnisse die Auffassung nahe liegt, daß die Billigkeit von anderen maaßgebenden Principien als das Recht wesentlich geleitet und bestimmt werde. Jenes ist die Ansicht der deutschen Wissenschaft, dieses die Auffassung der von uns statuirten ersten Periode römischer Wissenschaft. Beide Begriffsbestimmungen sind falsch, weil sie auf ein lediglich folgeweises Merkmal das Wesen der Sache stützten und so den Begriff entstellten.





Vielmehr sind Billigkeit und aequitas begrifflich identisch; verschieden ist nur die Stellung Beider gegenüber dem Rechte und dies wiederum ist durch historische Prämissen bedingt.

§. 3.

Stellung der deutschen Billigkeit zum Rechte.

Im vorhergehenden Paragraphen erwogen wir einen zwiefältigen Gegensatz von Billigkeit und Recht: den Widerspruch Beider nämlich auf dem Gebiete des Concreten, wie des Abstracten. Der letztere Widerstreit mußte als anomal uns gelten, weil der einheitliche Ausgang des Rechtes, wie der Billigkeit vom Volksgeiste, wie der stetige und ununterbrochene Einfluß des Letzteren auf die Gestaltung des Rechtes einen weitgreifenden und geschlossenen Gegensatz Beider zurückzuweisen scheint. Dennoch ist eine doppelte, historisch gegebene Voraussetzung anzunehmen, welche solche Erscheinung denkbar und möglich darstellt: zunächst nämlich, daß der einem Volke eigenthümliche Character dasselbe starr bei den alt hergebrachten Institutionen und Satzungen beharren, und demgemäß auch sein Recht so hartnäckig conserviren-und festhalten läßt, daß es dem Geist der Zeit selbst widerspricht; sodann aber auch, daß dieser Geist des Volkes selbst in Folge äußerer Einflüsse plötzlich einen so tief und weitgreifenden Umschwung erleidet, daß die Gesammtanschauung der Nation und damit auch die Rechtsüberzeugung schneller sich wesentlich verändert, und einen rascheren Uebergang von Vergangenheit zu Neuzeit begründet, als daß die Ausgleichung des Gegensatzes der Billigkeit zum Rechte mit jenem schnellen Umschwunge gleichen Schritt zu halten vermöchte.

Der erste Thatumstand allein hat in England gewirkt und hier zum Gegensatz des common law und der equity geführt; beide Umstände haben zu Rom sich geltend gemacht und hier den Gegensatz von ius und aequitas gestaltet; keine von beiden Prämissen dagegen ist bei uns eingetreten, und konnte somit auf den Gegensatz von Billigkeit und Recht nicht richtend und bestimmend einwirken.

Denn nicht an und für sich und als noch unangewandte Norm, sondern lediglich in seiner Beziehung auf den concreten Fall hat bisher bei uns das Recht in häufigerer und ausgedehn-

terer Maaße dem herrschenden Volksgeiste widersprochen. Daher tritt die Billigkeit nur in der letzteren Beziehung regelmäßig und wiederkehrend neben dem Rechte hervor; daher hat auch, weil in diesem Gegensatze die höhere Berücksichtigung der Individualität der concreten Verhältnisse Seitens der Billigkeit der Wahrnehmung sich darbot, unsere Wissenschaft dieselbe mit dem Character der Relativität als etwas Wesentlichem bekleidet, während das Recht als die strenge, starre Norm aufgefaßt werden mußte, der solche Rücksichtnahme fremd sein soll. Allein nicht in der Beschränktheit des Begriffes selbst von Billigkeit und Recht liegt mit innerer Nothwendigkeit jenes beschränkende Moment: er ist bedingt zunächst durch die vergleichende Nebeneinanderstellung von Recht und Billigkeit, weil nur dann es zu Tage tritt; bedingt aber auch ferner durch jenes historisch gegebene Verhältniß der Stellung von Recht und volksthümlicher Rechtsanschauung, weil nur in der Beziehung Beider auf den concreten Fall ein ausgedehnter Widerstreit zu Tage tritt und nur diesfalls der Billigkeit in Folge ihres rein subjectiven Characters eine höhere Berücksichtigung der Individualität der Verhältnisse zufällt.

Sonach haben wir anzuerkennen, wie jenes bei uns obwaltende historisch gegebene Verhältniß der Billigkeit zunächst maaßgebend wurde für die wissenschaftliche Auffassung der Ersteren, welche hierin wesentlich verschieden ist von der römischen Anschauung der aequitas. Allein wir haben jener Ursache auch noch weitere, für unsere Erörterungen wichtige Folgewirkungen beizumessen. Denn jener Sachverhalt bedingt sodann als anderweite Folge die Erscheinung, daß, indem jene Auffassung der Billigkeit in unserer Wissenschaft zur herrschenden Vorstellung sich erhob und die Bedeutung des logischen Begriffes usurpirte, neben der Billigkeit das sogenannte Naturrecht als etwas von ihr specifisch verschiedenes hervortrat, während zu Rom von dem Momente an, wo die Lehre vom jus naturale und der aequitas allgemeiner von der Wissenschaft aufgenommen ward, beide identificirt werden. Sodann ferner ist dadurch bedingt die Erscheinung, daß bei uns die Billigkeit in Wahrheit nicht als ein großes, geschlossenes Ganze von selbstständigen, den Rechtssatzungen parallel stehenden Normen dem Rechte sich gegenüber-

stellen, noch auch in einen compacten und weitgreifenden Gegensatz zu diesem treten oder als anders beschaffene Materie auf dem Gebiete des Abstracten in einen ausgedehnteren Conflict mit demselben gerathen konnte. Nicht minder ergibt sich fernerweit aus jenem historisch begründeten Verhältniß, daß die thatsächliche und effective Wirksamkeit der Billigkeit eine lediglich beschränkte ist, und außerhalb des Gebietes der Anwendung der Satzung auf den concreten Fall nur da in Frage kommen kann, wo es sich um die Aufhebung eines der Rechtsanschauung des Volkes anstößig gewordenen Rechtsatzes, wie überhaupt um neue Rechtsbildungen handelt, daß aber selbst diese ihre reelle Bedeutung von der Wissenschaft nicht besonders anerkannt wird, weil diese überhaupt über die Bedeutnng und Wesenheit der Billigkeit sich unklar ist. Hierin erkennen wir zugleich auch, — und dies ist der fünfte Punkt, den wir hervorheben, — daß die Billigkeit im Munde der Organe unserer Rechtsbildung keine Erwähnung, im wissenschaftlichen Systeme unseres Rechtes überhaupt keine Stellung gefunden hat, so daß sie lediglich als Stück der vulgären Anschauungsweise erscheint und nur von den Moral- und Rechtsphilosophen in den Kreis der Gegenstände einer wissenschaftlichen Reflexion eingeführt worden ist, — Punkte, bezüglich deren insgesammt zu Rom das Verhältniß der Dinge als grundverschiedenes sich uns zeigen wird.

§. 4.

Stellung der römischen aequitas zum jus.

Die Gründe, welche eine von dem Verhältnisse der deutschen Billigkeit zum Rechte verschiedene Stellung der aequitas zum ius begründen, sind in §. 3 bereits angegeben. Gegenwärtig haben wir daher nur die bestimmend wirkenden Thatverhältnisse selbst näher darzulegen.

Das römische Volk vor allen Nationen der Erde characterisirt sich durch ein sorgsames. Festhalten an alten Sitten und Gebräuchen, Institutionen und Satzungen im Allgemeinen. Diese Pietät bekundet dasselbe auch gegen seine Rechtsinstitutionen. In dem Zeitalter der Auguste, wie bereits in den letzten Zeiten der freien Republik ragen die Satzungen der zwölf Tafeln und der von gleichem Geiste beseelten Rechtsnormen in ihren

dürftigen, starren, eckigen Gestaltungen hinein in ein vielbewegtes Leben, dessen völlig veränderten Verhältnissen und vielseitigen Bedürfnissen, dessen geläuterten Begriffen und freigeistigen Anschauungen jene veralteten, der Kindheit der Nation angehörigen Bildungen widerstrebten und als schroff und unbeugsam erschienen. Sobald jedoch das gegebene Recht den Anforderungen und Bedürfnissen des Verkehres nicht mehr zu genügen vermag, beginnt das tägliche Leben selbst unsichtbar und still, aber rastlos und stetig neue Satzungen zu bilden, welche regelnd jeder Störung des Organismus vorbeugen. So hatten sich auch zu Rom neben jenen von Alters her überlieferten Rechtssätzen Normen gebildet, welche, von dem freieren Geiste der jüngeren Zeit durchweht, dem vielfältigen Bedürfnisse jener alten Neuzeit entsprachen und dem bewegteren Leben Genüge leisteten, einen biegsameren Character an sich trugen. Diese jüngeren Normen sind es im Wesentlichen, welche um ihrer vollkommneren Uebereinstimmung mit dem herrschenden Zeitgeiste willen als den Grundsätzen der aequitas vornämlich entsprechend, sowohl vom Volksgeiste selbst, als insbesondere auch von der Wissenschaft aufgefaßt und bezeichnet wurden.

Ein doppelter Umstand bietet aber vornämlich die Erklärung jener Thatsache. Die eine dieser Ursachen liegt in dem bereits hervorgehobenen eigenthümlichen Grundzuge des römischen Volksgeistes. Bei allen Völkern der Erde finden wir zwar die Erscheinung, daß die von den Vorfahren ererbten Institutionen und Satzungen in mehr oder minder ausgedehntem Maaße eine noch längere Zeit hindurch in Kraft und Gültigkeit bestehen bleiben, als das Vermögen jener Institutionen reicht, das inzwischen anders gestaltete Bedürfniß vollkommen zu befriedigen, oder das Bedürfniß selbst dauert, welches die Institutionen in's Leben rief. Politische Weisheit, welche die weit und tief greifenden Folgen staatlicher Neuerungen erwägt, eine instinctive Anhänglichkeit an das Alte, welche die Institutionen der Vergangenheit als treuen Freund schätzt, eine neuerungsfeindliche Bequemlichkeit, welche jede Abweichung von der genau gekannten Bewegung im Gang der Dinge haßt, höhere, wie niedere Beweggründe anderer Art bedingen jene Erscheinung. Allein die Beharrungskraft des Alten ist, namentlich auf dem Gebiete

des Rechtsgesetzes immer nur eine bemessene und eine offenbare Unzulänglichkeit des bestehenden Rechtes, dem Bedürfnisse des Verkehres zu genügen, führt regelmäßig zu der Aufhebung des betreffenden Rechtssatzes, namentlich aber, bei der Einheit unserer rechtsconstituirenden Organe, nicht leicht zu der Erscheinung, daß man unter zweckloser Conservirung des Veralteten die directe Aufhebung desselben durch Parallelsatzungen, entsprechend dem Geiste der Neuzeit umginge. Hieraus erklärt sich die bereits in §. 3 hervorgehobene Thatsache, daß bezüglich der deutschen Rechtszustände der Gegensatz von einem billigen Rechte zu einem unbilligen oder minder billigen sich nicht vorfindet, weil dem minder billigen Rechte die Zeit nicht gegönnt wird, eine schroffe und compacte Opposition zum billigen Rechte zu bilden.

Grundverschieden hiervon ist das Verhältniß im römischen Leben. Hohes Selbstgefühl, getragen durch politische Weisheit und virtus; Pietät gegen die Ueberlieferungen der Vorzeit, gestützt auf die Erinnerungen einer allezeit ruhmreichen Vergangenheit; Feindseligkeit gegen fremde Sitte und Neuerung, durch den nach Außen hin sich abschließenden antiken Patriotismus genährt; eifersüchtige Werthschätzung bestehender Satzungen und Institutionen, beruhend auf der Erinnerung an die denselben voraufgegangenen heißen und langwierigen bürgerlichen Kämpfe; die Oeffentlichkeit des politischen Lebens und die Allgemeinheit der Theilnahme des Volkes an solchem, sowie die daraus hervorgegangene innige Verschmelzung aller Staats- und Rechtsinstitutionen mit dem Nationalleben — diese Factoren sind es, welche zu Rom, wie in ähnlichem Maaße im heutigen England, jenen eigenthümlichen Grundzug des Volkscharacters erzeugten, welcher die einmal angenommenen Einrichtungen und Satzungen bis zur letzten Möglichkeit auszubilden, ja lieber bis zu offener Unzuständigkeit und Unerträglichkeit zu conserviren strebt, als von denselben vorzeitig und ohne Noth sich trennen läßt.

Die Aeußerungen dieses Characterzuges, dessen Kenntniß die nothwendige Vorbedingung zum richtigen Verständnisse des römischen Lebens ist, finden wir allenthalben, wo wir eine Kundgebung des römischen Volksgeistes erblicken: am reinsten und erkennbarsten tritt er uns in der Entwickelung der römischen

Staatsverfassung entgegen; mehr verhüllt, aber noch deutlich wahrnehmbar in der Fortbildung des römischen Privatrechtes.[8])

In schroffem Gegensatze zu den hierdurch bedingten Verhältnissen steht die andere Erscheinung, deren Zusammentreffen mit jener ersteren mit Nothwendigkeit einen Zwiespalt auf dem Gebiete des Rechtes herbeiführen mußte. Bis herab zu den punischen Kriegen waren die Römer im Allgemeinen fast nur mit den ihnen stammverwandten, benachbarten Nationen in Berührung getreten. Die nationale Abschließung, welche sie im Wesentlichen beobachteten, der Mangel an heimischer, die Mißachtung von fremder Kunst und Wissenschaft, die dadurch bedingte Beschränktheit ihrer Anschauungsweise, die Einfachheit ihrer Bedürfnisse, wie der Verhältnisse ihres bürgerlichen Lebens, alle diese Umstände mußten nothwendig dahin wirken, ihrem Rechte jenen Character zu verleihen, den wir als starr und unbeugsam, schroff und eckig, einfach und dürftig bezeichneten. Erst von den punischen Kriegen an beginnt fast plötzlich ein wesentlicher Umschwung der Dinge: der Verlauf eines Jahrhunderts vermittelt eine häufige und regelmäßige Berührung, eine nähere und innigere Verbindung der Römer mit den gebildetsten Völkern der Welt, mit Nationen, welche als die Träger der damaligen Cultur des Menschengeistes erscheinen. Diese fast plötzliche Erweiterung der völkerrechtlichen Beziehungen, diese Berührung mit Nationen, welche an Geistesbildung, in Kunst und Wissenschaft, in Industrie und Verfeinerung der Genüsse Rom um ein Bedeutendes überlegen waren, mußte aber mächtig auf die Römer selbst zurückwirken: einerseits stürzte sie die nationale Abschließung, beschleunigte die Entwickelung höherer Bildung,

8) Noch zu Justinians Zeiten galten die Gesetze der zwölf Tafeln; noch Herennius Modestinus schrieb zahlreiche Bücher über das ius civile des Q. Mucius Scaevola (Vergl. l. 54. D. de acqu. dom. 41, 1); noch Ulpian sagt in lib. IV. fideicomm. (l. 2. D. de constit. princ. 1, 4): In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est; und noch der Kaiser Julianus rescribirt im Jahre 363 an den Präfecten Maximus: Venientium est temporum disciplina, instare veteribus institutis. Ideoque, cum nihil per caussam publicam intervenit, quae diu servata sunt, permanebunt (l. 1. C. Theod. de long. cons. 5, 12). — Dies sind einzelne dem Gebiete des Rechtes anheimfallende Momente unter tausenden.

verpflanzte einen neuen Ideenkreis nach Rom und mußte so allmählig, aber tiefgreifend die gesammte Volksanschauung freier und geistiger gestalten; andrerseits rief sie neue Bedürfnisse in's Leben und gestaltete die Verkehrsverhältnisse complicirter.

Endlich trat von dem Zeitalter Cicero's abwärts die Philosophie in das Geistesleben Rom's ein und wirkte hier in einer so tiefgreifenden und ausgedehnten Maaße auf die gesammte Anschauungsweise der Nation ein, daß durch sie alle jene Wirkungen, die wir im Obigen darlegten, zu vollem Abschlusse geführt, theils auch durch den Hinzutritt neuer Erscheinungen vermehrt wurden, — eine Thatsache, welche im ersten Capitel der zweiten Periode ihre Begründung und weitere Ausführung finden wird.

So nun entstand nothwendig ein schroffer Gegensatz zwischen den von diesem neuen Zeitgeiste getragenen Rechtsideen und dem von Alters her überlieferten, noch gültigen Rechte, welches in Verfolg jener conservativen Tendenzen von den Römern beibehalten wurde. Denn fast alle neuen Rechtsbildungen erfolgten im Geiste der jüngeren Rechtsanschauung, von freieren und geistigeren Principien geleitet, hart neben ihnen, im unmittelbaren Gegensatze steht das alte Recht, eine Ueberlieferung aus längst entschwundener Vergangenheit, auf die entgegenstehenden, ja feindseligen Principien fundirt. Dieser Gegensatz, an sich schon bedeutend, mußte ein um so unmittelbarerer und schrofferer sein, je schneller jener Umschwung des Zeitgeistes erfolgte; er mußte um so mehr der Wahrnehmung sich aufdrängen und zur Abgränzung sich eignen, je mehr es an jenen Uebergangsstufen fehlte, welche in der Regel durchgreifende Reformen in der Entwickelung des Rechtes der Nationen vermitteln. Denn wie wenig wir immer verkennen mögen, daß auch die römische Rechtsentwickelung Uebergangsbildungen kannte, die als Mittelglieder das Recht jener Neuzeit mit der frühesten Vergangenheit verknüpften, so läßt sich doch behaupten, daß diesem Bildungsprocesse der Uebergangsperiode nicht die volle normale Zeitdauer gegönnt war, und daß daher, was das entscheidende Moment ist, die vom jüngeren Geiste beseelten Rechtsbildungen in's Leben traten, bevor die vermittelnden Formationen das Alte theils zu überwinden und abzustoßen, theils in entsprechender Weise zu modificiren

und umzugestalten und sich selbst in höherer Maaße zu amalgamiren vermocht hatten.

Dies sind die Thatsachen, welche jene Neuzeit des Rechtes in fast unmittelbare Berührung mit jener alten Zeit treten ließen.

Auf jene Thatumstände stützt sich die besondere Stellung der römischen aequitas zum jus und aus ihnen erklären wir zugleich die Wichtigkeit und Bedeutung, welche der ersteren im römischen Rechtsleben zukommt, insbesondere aber deren weitgreifenden, stark hervortretenden und compacten Gegensatz zum jus; nicht minder die ausgedehnte und umfassende Productivität, wie überhaupt die vielfältige practische Bedeutung, die zu Rom der aequitas zugestanden wird, namentlich aber auch die freie und ungebundene Bewegung, welche in der Rechtsbildung, gestützt auf die aequitas, hervortritt; endlich die allseitige besondere Anerkennung der Macht und Wirksamkeit der Letzteren Seitens der Rechtsbildung, wie der Wissenschaft. Denn überschauen wir den Gang des römischen Rechtslebens, so finden wir, daß die aequitas in überraschender Häufigkeit uns entgegentritt und von der Wissenschaft, wie Rechtsbildung selbst als eine mit dem Rechte concurrirende Potenz anerkannt und respectirt ward. Denn weil die abstracte rechtliche Anschauung sich stark und weitgreifend abhob von dem gegebenen Rechte, so konnte die aequitas einestheils als Quelle neuzuschaffenden Rechtes in dem Volksbewußtsein, wie in der Wissenschaft deutlich hervortreten, anderntheils aber in allgemeinerer Maaße zur Norm der Beurtheilung des Rechtes sich erheben, ja theilweis einen schroffen Gegensatz innerhalb des Letzteren selbst begründen, indem sie dasselbe nach dem Gesichtspunkte seiner Uebereinstimmung oder seines Widerspruches mit ihr selbst abschätzte.

Wir finden ferner, daß die römische Rechtsbildung in freier und ungebundener Weise den Postulaten der aequitas practische Folge und Nachdruck verleiht. Denn weil der Widerspruch zwischen der rechtlichen Ueberzeugung und dem gegebenen Rechte nicht blos auf particulärer Speculation oder individueller Anschauung beruht, vielmehr in der Auffassung der gesammten Nation seine Stütze und Basis findet, so konnte der Einzelne, Magistrat wie Jurist, mit um so größerer Freiheit und ohne Be-

denken seiner Rechtsidee eine thatsächliche und wirkliche Herrschaft vindiciren und selbst gegenüber dem positiven Rechte durchführen.

Wir finden endlich, wie innerhalb dieser häufigen Anwendung die aequitas in ihren leitenden Principien an sich schon dem Rechte entgegentritt, dasselbe auf dem Gebiete des Abstracten selbst bekämpft, und so als Inbegriff von Normen erscheint, die, von gleich absoluter Qualität, wie der Rechtssatz selbst, einen festgeschlossenen, directen Gegensatz zum Rechte bilden.

Alle diese Momente treten jedoch erst mit dem Erwachen einer höheren wissenschaftlichen Reflexion in der zweiten Periode zu Tage, während das Zeitalter Cicero's jene Erscheinungen uns lediglich in ihrer ersten Entwickelung vorführt.

§. 5.

Besondere Erscheinungsformen des römischen aequitas.

Der Entwickelungsgang des römischen Rechtes, von dem in §. 4 angegebenen Standpunkte aufgefaßt, bietet uns ein Bild, in welchem wir den Zeitgeist Roms in rastlosem Andrängen gegen das ihm widerstrebende, von Alters überlieferte Recht begriffen sehen, gefesselt aber auch gleichzeitig durch die sich selbst gesetzte Schranke, welche, in Scheu vor der offenen Beseitigung der historisch gegebenen Institutionen, auch dem überlieferten Rechte seinen Bestand sicherte. Dieser Kampf, durch die Organisation des Geistes selbst bedingt, zeigt uns das merkwürdige Bild, was wir bei einzelnen Individuen mitunter beobachten mögen: durch einen instinctiven Anreiz zu dem hingezogen, was die Grundsätze verbieten, sucht oftmals der Mensch diesen Conflict innerer Anforderungen in der Weise zu vermitteln, daß er, sich selbst betrügend, das sich gegebene Gesetz äußerlich respectirt, noch auch offen dasselbe verletzt, wohl aber auf indirectem Wege solches umgeht, und so in Wahrheit dem gegenkämpfenden Triebe Folge leistet. Wie hier im Kleinen, so bietet uns dort eine ganze Nation diesen Anblick: während die Gesetze der ergrauten Vorzeit, während ein XII Tafel-Codex zu einer Zeit, wo man kaum deren Sprache, geschweige denn den Geist ihrer Satzungen noch verstand, in patriotischer Pietät noch auf-

recht erhalten und von der legislativen Gewalt im Staate, den Comitien, unberührt gelassen wurden; zu dieser Zeit empfing das nämliche Volk mit Gunst die Neuerungen, durch welche seine Magistrate die Fundamentalsätze des Privatrechtes durch Parallelsatzungen, Fictionen, durch Wortspielereien und unter den haltlosesten Vorwänden aller Art umgingen; und es erholte sich voll Zutrauen den Rath der Rechtsgelehrten, die in der freiesten Weise jene Sanctionen behandelten, die ihm, dem Volke selbst, als unverletzlich galten.

In diesem verdeckt, aber ununterbrochen geführten Kampfe, in welchem der römische Geist das zu verwirklichen strebte, was ihm als die Idee des Rechtes vorschwebte; in diesem Andringen gegen das gegebene Recht treten nun, weil der Streit im Wesentlichen das Abstracte, die Materie der normirenden Regel an sich, nicht aber die bloße Anwendung einer anerkannten Regel auf den concreten Fall betraf, innerhalb der Vielheit der einzelnen Punkte des Gegensatzes von jus und aequitas bestimmte allgemeinere Grundideen zu Tage, welche, die einzelnen Strömungen in der großen Bewegung des Zeitgeistes bezeichnend, die Principien repräsentiren, in deren Gegensatz der Widerstreit von jus und aequitas seinen Schwerpunkt findet und auf welche die in Detailfragen zum Austrage gelangenden Streitpunkte in letzter Potenz sich reduciren. Diese Principien offenbaren sich aber in der doppelten Weise, daß sie theils unmittelbar als Postulate der aequitas hervorgehoben werden, wo dann der aus ihrer detaillirenden Anwendung sich ergebende specielle Satz durch ihre Vermittelung wiederum auf die aequitas selbst als auf seine letzte Quelle zurückzuleiten und als deren concretester Ausdruck anzuerkennen ist; theils in der Weise, daß zunächst nur einzelne specielle Anforderungen der aequitas aufgestellt werden, aus den ihnen gemeinsamen Momenten aber solche Principien sich abstrahiren lassen.

Die Erkenntniß dieser Thatsache, wie der darin sich offenbarenden Principien selbst erscheint nun als die wesentlichste Vorbedingung eines genügenden Verständnisses, wie überhaupt einer richtigen Würdigung der aequitas im Allgemeinen. Für jene Erkenntniß selbst aber gewinnt wiederum eine höhere Wichtigkeit die Thatsache des Hervortretens der aequitas in zwei verschie-

denen Sphären des geistigen Lebens des römischen Volkes, in der vulgären Anschauungsweise nämlich wie in Wissenschaft und Dichtkunst einerseits, sowie andrerseits in der Rechtsbildung und Rechtswissenschaft insbesondere. Denn alle diese Canäle müssen a priori die aequitas in verschiedener Modalität zu Tage leiten und offenbaren: der unmitelbare Ausdruck der vulgären Anschauung in Specialsentenzen, weil das Volk zunächst nur das seiner Wahrnehmung am Nächsten Liegende, somit das Concrete, erfaßt und wiedergiebt; die Philosophie dagegen in den leitenden Principien selbst; endlich die Jurisprudenz wie Rechtsbildung in beiden Formen. Da jedoch die römische Philosophie — mit der in Beilage 1 behandelten Ausnahme — die aequitas in den Kreis der von ihr behandelten Gegenstände nicht hereingezogen hat, die rechtsphilosophischen Bestrebungen der Jurisprudenz der zweiten Periode aber von deren gesammter wissenschaftlicher Thätigkeit nicht weiter zu sondern sind, so verbleibt für uns nur eine doppelte Modalität der Kundgebung der aequitas: als unmittelbare Offenbarung der rechtlichen Ueberzeugung des Volkes und als der durch die Rechtsbildung und Rechtswissenschaft vermittelte Ausdruck, welcher letztere namentlich eine überwiegende Wichtigkeit dadurch erlangt, daß er gerade der logischen Allgemeinheit sich annähern und der eigenen Erkenntniß der letzten Principien sich zuwenden muß. Jene erstere Erscheinungsform der aequitas werden wir die vulgäre, diese letztere die wissenschaftliche aequitas benennen.

Fassen wir nun die wissenschaftliche aequitas insbesondere ins Auge, so begegnen wir innerhalb derselben wiederum einer, wenn auch nicht mit absoluter Nothwendigkeit, so doch aus naheliegenden Gründen thatsächlich mit ihr vornämlich verknüpften doppelten Erscheinungsform der aequitas, welche wir als generelle und specielle aequitas bezeichnen. In den Operationen der Wissenschaft vermögen wir nämlich zu erkennen, wie aus der Sphäre der aequitas in ihrer Totalität, aus der Gesammtheit der ihr inliegenden Principien von der Wissenschaft ein einzelnes derselben herausgegriffen und als aequitas in einem besonderen technischen Sinne bezeichnet wird. Hier tritt ein einzelner Theil aus dem Ganzen hervor, ohne sich jedoch von dem letzteren völlig abzulösen, und indem er eine besondere Cultur empfängt, so usurpirt er sich

zugleich die Bezeichnung von aequitas und gestaltet sich somit zu einem besonderen, wenn auch abgeleiteten Begriff, der sich als specielle aequitas zu der Totalität derselben, zur generellen aequitas verhält. Die richtige Erkenntniß dieser beschränkenden Modification des ursprünglichen Begriffes ist von der höchsten Wichtigkeit, weil absolut unentbehrlich für das Verständniß der Quellen der ersten Periode, da hier die wissenschaftliche Theorie einzig und allein eine specielle aequitas behandelt; dagegen verliert diese letztere, ohne jedoch gänzlich zu verschwinden, ihre Bedeutung während der späteren Perioden. Hierdurch rechtfertigt sich, wenn wir, ohne eine weitere Verdeutlichung dieser Distinction anzustreben, wegen des besseren Verständnisses derselben uns mit einer einfachen Hinweisung auf §. 8. sq. begnügen.

In allen den betrachteten mehrfältigen Erscheinungsformen der aequitas kehrt jedoch durchgängig der nämliche Grundbegriff derselben wieder, die jeweilig jüngste Rechtsanschauung des römischen Volkes zu vertreten, und selbst die specielle aequitas erscheint hierbei in stetem, innigem und wesentlichem Zusammenhange mit diesem Begriffe, da ihr die Bedeutung eines der jüngsten Rechtsanschauung entsprechenden und durch dieselbe vertretenen Principes inwohnt.

Indem somit die aequitas als der Ausdruck der jeweiligen Rechtsüberzeugung der Nation sich darstellt, so erscheint sie frei von Willkühr und in dem Inhalte ihrer Postulate durch national-psychologische Voraussetzungen bedingt. Zwar unterliegen dabei ihre Kundgebungen dem Einflusse der Individualität des Redenden; zwar haben ferner auch im Laufe der Jahrhunderte ihre Postulate mannichfach gewechselt; allein gleichwie hier eine bestimmte allgemeine Richtung von Anbeginn ihrer Wirksamkeit unverkennbar ist, so vermögen wir auch dort in den Kundgebungen der verschiedenen Personen einen inneren Zusammenhang zu entdecken, der uns beweist, daß die überwiegende Mehrzahl solcher Aussprüche in Wahrheit als Ausdruck des wissenschaftlichen, und in letzter Potenz des gemeinen Geistes der Zeit anerkannt werden darf.

Zweite Abtheilung.

Aequitas im Zeitalter Cicero's.

§. 6.

Aequitas im Allgemeinen.

Als naturgemäßen Entwickelungsgang haben wir bei der aequitas von vorn herein vorauszusetzen, daß dieselbe aus dem Gebiete der vulgären Anschauung in die Sphäre der wissenschaftlichen Auffassung sich erhob. Und in der That finden wir bereits bei Plautus das aequum bonum den leges gegenübergestellt, während jener Zeit eine wissenschaftliche Behandlung des Begriffes unzweifelhaft fern lag.

In der gegenwärtigen Periode hatte nun die aequitas jenen Uebergang theilweis bereits vollendet: nach der einen Seite hin erscheint sie in dem Gebiete der wissenschaftlichen Reflexion heimisch, nach der andern Seite hin fällt sich noch lediglich dem Gesichtskreise der vulgären Anschauungsweise anheim.

Insoweit nun die aequitas als Gegenstand wissenschaftlicher Bearbeitung, als wissenschaftliche aequitas erscheint, so wird derselben in der gegenwärtigen Periode die Vertretung eines einzigen bestimmten Rechtsprincipes überwiesen, des Principes nämlich der Herrschaft des Gedankens des Disponenten gegenüber dem Wortsinne der Disposition[9]). Sonach umfaßt die wissenschaftliche aequitas der gegenwärtigen Periode entschieden noch nicht die gesammte Sphäre der vulgären aequitas und überläßt sonach, sich selbst zur speciellen aequitas gestaltend, die generelle der vulgären Anschauung allein. Dieses Sachverhältniß rechtfertigt, daß wir dieser vulgären und generellen aequita eine besondere Betrachtung widmen, obgleich wir hierbei eine Ausbeute für unsere gegenwärtige Aufgabe zu gewinnen nicht vermögen. Andrerseits lehrt uns aber diese Betrachtung, daß

9) Die Bezeichnung „Gedanken" gebe ich in dem Sinne, wie Savigny System §. 33. Unter Disponent verstehe ich sowohl den Gesetzgeber, wie denjenigen, der einen Rechtsact vornimmt, somit den Constituenten, Redenden und dergl.; unter Disposition begreife ich das Gesetz, wie die Privatverfügung.

wir die ersten Keime des Ueberganges der generellen aequitas in die Sphäre wissenschaftlicher Behandlung bereits in der gegenwärtigen Periode zu suchen haben.

Neben jener doppelt gestalteten aequitas begegnen wir jedoch bei Cicero noch einem dritten, ihm eigenthümlichen und selbstständigen rechtsphilosophischen Begriff, wonach die aequitas das leitende Princip des gesammten jus oder des jus humanum vertritt und die Bedeutung einer Gleichheit der Rechtssachen, wie der Personen vor dem Gesetze annimmt, und über dessen sachliche Bedeutung wir uns dahin auszusprechen haben, daß derselbe als ein mißlungener Versuch zu betrachten ist, die vulgäre aequitas in eine directe und innere Verbindung mit dem rechtsphilosophischen Systeme zu setzen (Beilage I §. 8).

So nun finden wir bei Cicero die aequitas in einer dreifachen Erscheinungsform:

1. als vulgäre und zugleich auch generelle aequitas, somit als Inbegriff der durch die volksthümliche Rechtsanschauung gegebenen Normen; sie findet ihren Gegensatz bald im jus, bald im iniquum;

2. als wissenschaftliche und zugleich auch specielle aequitas, als welche sie ein einzelnes, bestimmtes, aus der vulgären aequitas heraustretendes Rechtsprincip vertritt und ihren Gegensatz in der justitia, der ratio juris civilis und ähnlich findet;

3. als rein philosophischen Begriff, der, in Wahrheit vollkommen selbstständig neben jenen beiden, das leitende Princip des gesammten jus oder des jus humanum bezeichnet, und in letzterer Beziehung seinen Gegensatz findet in der religio, als dem maßgebenden Principe des jus divinum.

Diesen letzteren Begriff haben wir, weil derselbe für unsere Untersuchung ein nur untergeordnetes Interesse bietet, nach Beilage I verwiesen.

§. 7.

Vulgäre aequitas.

Daß die vulgäre aequitas zu irgend welchem Zeitpunkte die nämliche Stellung gegenüber dem Rechte einnahm, welche wir noch jetzt der deutschen Billigkeit zuerkannten (§. 3), kann einem Zweifel nicht unterliegen, denn zu irgend welcher Zeit stand die rechtliche Anschauung des römischen Volkes noch im Einklange

mit dessen Rechte in seiner Gesammtheit, und zu dieser Zeit konnte die aequitas als eine selbstständige Potenz nur insoweit vom jus sich ablösen und diesem gegenübertreten, als es sich um die Anwendung des Letzteren auf den concreten Fall handelte. Erst von dem Zeitpunkte an, wo die Rechtsanschauung der Nation in einen allgemeineren und weitgreifenden Widerspruch zu dem gegebenen jus trat, erst von da an konnte die aequitas ohne jene Beziehung auf das Concrete als eine anders lautende, selbstständige, abstracte Regel dem jus gegenübertreten. Die weitere Frage aber, ob eine derartige Umgestaltung der Verhältnisse in der gegenwärtigen Periode bereits eingetreten, können wir nach dem in §. 4 Bemerkten in der That bejahen, wobei freilich die näheren Belege hierfür ihrer Beschaffenheit nach den folgenden Theilen unseres Werkes vorbehalten bleiben müssen.

Wenn wir sonach die Annahme statuiren, daß die römische aequitas auch als unmittelbarer Ausdruck der volksthümlichen Rechtsanschauung bereits in dieser Periode jenen eigenthümlichen Typus an sich trug, der während der folgenden Periode als charakteristisch hervortritt, so liegt andrerseits in der Thatsache, daß diese vulgäre aequitas erst in einer ganz partiellen Beziehung, lediglich in einem einzelnen der ihr inliegenden Principien in das Gebiet der wissenschaftlichen und theoretischen Reflexion übergetreten ist, zugleich der Grund dafür, daß wir einen bestimmten und des gesammten Inhaltes der Vorstellung sich wohlbewußten Ausdruck der generellen aequitas in den Quellen dieser Periode nicht erwarten dürfen. Denn erst der Wissenschaft liegt das Vermögen inne, die dem Volksgeiste inwohnende und in ihm wirkende und sich offenbarende Idee der Allgemeinheit des Begriffes entgegenzuführen und zur bewußten Vorstellung zu erheben, während die Anschauung des Volkes selbst nur am Concreten haftet. Bei solcher Auffassung aber kann auch der Ausdruck des Gedankens selbst nur ein concreter sein, daher wir in den Aussprüchen der Quellen dieser Periode fast nur vereinzelte, an das in's Auge gefaßte Verhältniß unmittelbar sich anlehnende Aeußerungen, am wenigsten aber Kundgebungen der leitenden Principien selbst oder gar eine Reflexion über dieselben zu erwarten haben. Die thatsächliche und wirk-

liche Existenz solcher Principien offenbart sich jedoch in dem Gange der Rechtsbildung selbst, der gegenüber wir allerdings der aequitas einen thatsächlichen, unmittelbaren, bedeutungsvollen Einfluß einzuräumen haben, daher wir da, wo wir die Rechtsbildung näher in's Auge fassen, auf die gegenwärtige Frage nochmals zurückkommen werden.

Fassen wir nun die quellenmäßigen Zeugnisse dieser Periode selbst in's Auge, so bestätigen diese allenthalben die gemachte Bemerkung: ohne daß wir in denselben einzelne abstractere Gedanken zu verkennen haben, erscheinen dieselben doch überwiegend als Ausdruck einer rein concreten Anschauung, während gleichzeitig auch die Beschaffenheit derartiger Aussprüche, wie insbesondere auch ihre zu geringe Zahl es nicht gestattet, eine selbstständige Abstraction auf dieselben zu stützen, ja nur eine fruchtbringende Reflexion mit denselben zu verbinden, daher uns gegenwärtig nur die Aufgabe verbleibt, das gesammelte Quellenmaterial einfach zusammenzustellen, dagegen die daraus etwa zu gewinnenden Resultate mit den in den folgenden Theilen zu beschaffenden weiteren Unterlagen in Verbindung zu setzen.

Als Bezeichnungen der vulgären und generellen aequitas finden wir in den Quellen dieser Periode die Ausdrücke: aequitas, aequum, aequum et bonum, aequum bonum, bonum et aequum [10]), und den Gegensatz dazu bildet sowohl das jus, wie anderntheils das iniquum. Die Quellenstellen selbst aber, in denen der aequitas in einer beachtenswertheren Weise gedacht wird, sind folgende:

Plautus, Menaechm. IV, 2, 10: Qui neque leges, neque a e q u o m b o n u m usquam colunt;

Trin. II, 4, 187: A e q u u m videtur, quin, quod peccarim — potissumum mihi id obsit;

Vergl. Rud. prol. 47. II, 2, 6. Bacch. III, 3, 84. Poen. III, 5, 50. 6, 5. Trin. IV, 3, 33.

Cato, Oratio pro Rhodiensibus in lib. V Orig. bei Gell. N. A. VII, 3: Quis tandem est nostrum, qui — a e q u u m censeat, quempiam poenas dare ob eam rem, quod ar-

10) Bei Cicero habe ich jedoch diese letzteren drei Formen lediglich als Bezeichnungen der speciellen aequitas vorgefunden.

guatur male facere voluisse; und: Honorem non aequum est haberi ob eam rem, quod benefacere voluisse quis dicit, neque fecit tamen;

Terent. Adelph. I, 1, 39: Nimirum ipse est durus praeter aequumque et bonum;

Phorm. IV, 3, 32: Si tu aliquam partem aequi bonique dixeris;

Ad. IV, 3, 10: Si ita aequum censes;

Heaut. I, 1, 39: Non aequum facis;

Vergl. Ad. V, 3, 17. Andr. II, 5, 18. V, 3, 30. Eun. III, 2, 25. Heaut. II, 1, 2.

Cicero, de Offic. I, 9, fin., Partit. 28, 100: aequitas et jus; de Inv. II, 32, 100. p. Caec. 28, 81: jus et aequitas; p. Planc. 13, 33: aequitas juris;

de Fin. III, 21, 71: quidquid aequum justumque esset, id etiam honestum, vicissimque, quidquid esset honestum, id justum etiam atque aequum fore.

ad Planc. in Epist. ad Attic. XVI, 16. B: aequitas causae.

p. Balb. 27, 60: aequa lex et nobis atque omnibus — vehementer utilis.

de Inv. I, 11, 14: civilis mos et aequitas, wofür de Inv. II, 21, 62 gesagt ist jus civile.

Partit. 19, 66: Sitne aequum, amicos cognatis anteferre?

de Offic. III, 18, 74: Num erat aequum, principes cives rem habere, ad Satrium nihil praeter nomen pervenire?

p. Cluent. 2, 6: Postulo primum id, quod aequissimum est, ut ne quid huc praeiudicati afferatis.

de fat. 4, 7: Sed Posidonium, sicut aequum est, cum bona gratia dimittamus.

de Offic. I, 9, 30: Bene praecipiunt, qui vetant, quidquam agere, quod dubites, aequum sit an iniquum. Aequitas enim lucet ipsa per se, dubitatio cogitationem significat injuriae.

p. Quint. 2, 6: non minus saepe ei venit in mentem potestatis, quam aequitatis tuae.

Ibid. 14, 45: Quis tandem nobis ista jura tam aequa describit? quis hoc statuit, quod aequum sit in Quinctium, id iniquum esse in Naevium?

Ibid. 22, 71: cui neque magistratus adhuc aequus inventus est.
p. Rosc. Am. 2, 7: si vobis aequa et honesta postulatio videtur, judices.
Sallust. Jug. 15: pauci, quibus bonum et aequum divitiis carius erat.
Ibid. 35: Fit reus magis ex aequo bonoque, quam ex jure gentium Bomilcar.
Hist. fr. I, 19. G: intelliget, se metu magis quam aequo et bono sustentatum.
Hist. fr. Inc. 10. G.: inter arma civilia aequi boni famas petit.
Cat. 9: aequitate seque remque publicam curabant.
Vergl. Cat. 51.
Livius, XXXIV, 31, 9: aequitas rei;
XXXVII, 36, 1: legatus postquam nihil aequi in consilio impetrare se censebat.

Endlich gehört hierher die in der Formel des arbitrium rei uxoriae vorkommende Clausel: aequius melius.

Eine besondere Erwähnung verdient endlich ein Cyklus von Stellen, in denen Cicero der vulgären aequitas eine besondere Stellung in seinem rhetorischen Systeme anweist, nämlich de Inv. I, 11, 14. II, 23, 69. 36, 109. Partit. 19, 66. 67. 28, 100. 29, 102. und Top. 25, 94; sowie de Inv. II, 4, 12. 51, 156. Partit. 28, 98., wozu auch 28, 100., und Top. 24, 91., wozu 25, 94.; hierbei allenthalben wird die vulgäre aequitas jedoch nur als Norm der Beurtheilung des Rechtes und der Rechtsverhältnisse, und zwar hier ebensowohl als übereinstimmend, wie als widerstreitend mit dem Rechte in's Auge gefaßt; nicht dagegen wird dieselbe als selbstständige Quelle des Rechtes betrachtet, vielmehr fällt sie in der letzteren Beziehung in die Sphäre der honestas, welche nach der Theorie Cicero's neben der utilitas und necessitudo die neuen Rechtssatzungen erzeugt [11].

§. 8.

Wissenschaftliche aequitas.

Von den Principien, welche in den im Geiste der letzten Hälfte der Republik gebildeten Rechtssatzungen sich kund geben,

11) Die weitere Benutzung dieser Stellen folgt in Thl. III.

faßt Cicero und wohl auch seine Zeit nur ein einzelnes, obwohl weitgreifendes und folgereiches Princip unter der Bezeichnung aequitas als wissenschaftlichen Begriff in's Auge. Wir können daher sagen, daß Cicero und die Wissenschaft dieser Periode der aequitas als solchen doctrinellen Begriffes nur erst in einer einzigen Beziehung, in jenem einzelnen Principe sich bewußt geworden ist, während die übrigen Beziehungen im Rechte, welche die Kaiserzeit dieser aequitas unterordnet, im Zeitalter Cicero's in ein auf wissenschaftlicher Erkenntniß beruhendes Verhältniß zur aequitas noch nicht gelangt waren und erst allmählig im weiteren Entwickelungsgange der Rechtsbildung zu jener doctrinellen Unterordnung unter die aequitas emporgehoben wurden.

Jener Begriff der wissenschaftlichen und speciellen aequitas bei Cicero ergiebt sich aus folgendem:

Cicero sagt Part. 37, 129. 130:

> Quod (sc. jus) dividitur in duas partes primas: naturam atque legem, et utriusque generis vis in divinum et humanum jus est distributa, quorum aequitatis est unum, alterum religionis. Aequitatis autem vis est duplex: cujus altera directo et veri et justi, et, ut dicitur, aequi et boni ratione defenditur; altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet;

sowie Top. 23, 90:

> Aequitas tripartita dicitur esse: una ad superos Deos, altera ad manes, tertia ad homines pertinere; prima pietas, secunda sanctitas, tertia justitia aut aequitas dicitur.

Der Sinn dieser Stellen [12]) ist folgender: in Partit. erklärt Cicero die aequitas (in dem hier nicht weiter in Frage kommenden rechtsphilosophischen Sinne) für das leitende Princip des jus humanum. Dieses jus humanum oder, wie Cicero sagt, diese aequitas zerfällt in zwei Gebiete, deren eines durch die Beziehung auf die vicissitudo referendae gratiae bezeichnet, deren

---

12) Vergl. wegen dieser Stellen Beilage I §. 2 und 5. Die Erwähnung der speciellen aequitas und ihres Gegensatzes in diesen Stellen erklärt sich daraus, daß diese zu Cicero's Zeit stark hervortrat, weil in ihr ein schroffer Principienstreit sich offenbarte, gerade Cicero aber an diesem lebhaft Theil nahm.

anderes aber nicht besonders benannt wird; vielmehr wird dieses letztere Gebiet nur nach den dasselbe beherrschenden Principien bezeichnet und zwar demgemäß theils der veri et justi ratio, theils der aequi et boni ratio unterstellt. Hiermit wird also innerhalb der aequitas oder des jus humanum ein doppeltes Princip geschieden: das des verum et justum und das des aequum et bonum.

In den Topica theilt Cicero die von Plato aufgestellte trichotomische Eintheilung des Rechtes mit; der eine Theil umfaßt das jus humanum, und dieses unterliegt einem doppelten Principe: entweder der justitia oder der aequitas.

Die Nebeneinanderstellung beider Stellen ergiebt daher: daß das Princip des verum et justum die justitia, das Princip des aequum et bonum die aequitas ist und beide Principien dem jus humanum oder der aequitas im Sinne der Beilage I angehören. Endlich kehren in der nämlichen Bedeutung die Gegensätze von aequitas und justitia in de Rep. I, 2 wieder, worüber ebenfalls Beilage I §. 4 sq. zu vergleichen ist [13]).

In ähnlichem Sinne wie diese beiden Gegensätze, aber noch weit häufiger, finden sich folgende Gegensätze:

aequum et bonum und jus civile: Partit. 28, 100. Brut. 38, 143.
aequum et bonum und summum jus: p. Caec. 23, 65.
aequum und jus: Brut. 39, 145.
aequi bonique ratio und jus: p. Caec. 28, 80.
aequitas und jus: de Offic. III, 16, 67. de Orat. I, 38, 173. 56, 240., p. Caec. 36, 104. fin.
aequitas und juris civilis ratio: p. Caec. 27, 78.
aequitas und verbi ratio: p. Caec. 24, 66.
aequitas und verba oder verbum: p. Caec. 13, 37. 17, 49. 24, 67. 36, 104. p. Mur. 12, 27.

13) Aequitas und justitia kehren in allen diesen Stellen in doppelter Bedeutung wieder: theils als Oberbegriffe, wo beide dem jus resp. dem jus humanum entsprechen, theils als Unterbegriffe, wo aequitas und justitia die Glieder jener aequitas oder justitia bilden. Der erstere Begriff der aequitas ist der rechtsphilosophische, der letztere der juristische; nur ist der erstere ein weiterer, der letztere ein engerer.



aequitas rei und verbi laqueus: p. Caec. 29, 83.
aequum et bonum und verba et litterae: p. Caec. 23, 65.
aequi bonique ratio und verbum et scriptum: p. Caec. 28, 80.
campus aequitatis und verborum angustiae et litterarum anguli: p. Caec. 29, 84.
aequum et bonum und scriptum: Brut. 39, 145.
aequitas und scriptum: de Orat. I, 57, 244.
aequitatis ratio und verborum vis ac nominum: p. Caec. 20, 58.
voluntas et aequitas und verbum: p. Caec. 23, 66.
voluntas scriptoris und scriptum: p. Caec. 23, 65.
voluntas und verba: p. Caec. 18, 53.
voluntas et sententia und verba: Partit. 31, 108.
voluntas et consilium et sententia interdicti und verborum error: p. Caec. 18, 50.
sententia und scriptum: Partit. 31, 108.
sententia und verba: p. Caec. 20, 57. 30, 86. Top. 25, 96.
consilium et sententia und verba: p. Caec. 28, 81.
res et sententia und verbum: p. Caec. 28, 79. 30, 86.
res und verbum oder verba: de Orat. I, 57, 243. p. Caec. 11, 32. 21, 59. 31, 89. 90.

endlich

id quod intelligitur und id quod dicitur: p. Caec. 28, 81. und ähnliche Ausdrücke mehr [14]).

Endlich gehört zur Classe dieser Stellen der Gegensatz, welchen Cicero in seinen Systemen der Rhetorik technisch durch scriptum et voluntas, oder scriptum et sententia bezeichnet, Stellen, welche im III. Theile angegeben und in Betracht gezogen werden; dagegen sind nicht jenen obigen Belegen beizuordnen die Stellen, in denen nicht blos der sachliche Gegensatz, sondern zugleich ein Urtheil ausgesprochen ist, z. B. aequum et bonum und calcidum versutumque jus in p. Caec. 23, 65.

Alle jene verschieden bezeichneten Gegensätze stehen unter der Herrschaft eines einzigen, ganz bestimmten und fest begränzten Verhältnisses, des Gegensatzes nämlich, in dem die von uns als wissenschaftliche und specielle bezeichnete aequitas zu dem ihr

---

14) Ohne Gegensatz stehen synonym: sententia legis und aequitas p. Planc. 17, 42., voluntas und aequitas p. Caec. 23, 66. u. a. m.

widerstrebenden Rechtsprincipe steht, ein Gegensatz, der in seinen historischen Beziehungen dem III. Theile anheimfällt, hier aber im Nachstehenden in seiner Bedeutung als Lehrbegriff zu erörtern ist.

Hierbei wenden wir uns zunächst zur Betrachtung des Principes selbst, auf welchem jene Begriffe beruhen.

§. 9.

Fortsetzung.
(Das durch die wissenschaftliche aequitas vertretene Rechtsprincip.)

Die Norm, welche der Privatmann in dem Rechtsgeschäfte aufstellt, wie die Satzung, welche der Staat als Gesetz ausspricht, ist Recht, und als solches bindende Macht für Jeden, der ihrer Herrschaft unterworfen ist. Aeußerlich giebt dieses Recht sich kund in Worten [15]), seinem inneren Wesen nach aber erscheint es als Kundgebung des Gedankens oder Willens des Constituenten. Seine Elemente sind daher zwiefach: Wort und Gedanke.

Beide Elemente der Rechtssatzung verhalten sich friedlich zu einander, so lange sie ein harmonisches Ganze bilden, und das Wort der Satzung und der Gedanke des Constituenten adäquat sind. Die Frage, welches von beiden herrsche, ist für diesen Fall ohne Bedeutung, weil bei der Congruenz Beider die Herrschaft des Einen von Beiden des äußeren Kennzeichens entbehrt. Dennoch müssen Beide in dem Verhältnisse einer herrschenden und einer dienenden Potenz zu einander stehen, da das Princip eines vollkommenen Gleichgewichtes Beider nicht denkbar ist. Dieses Verhältniß selbst aber offenbart sich, sobald die normale Uebereinstimmung beider Elemente gestört und die organische Einheit der Satzung dadurch aufgehoben ist, daß das Wort der Satzung und der Wille oder Gedanken ihres Constituenten sich nicht mehr decken. Dieser Zustand bedingt einen Widerspruch zwischen Beiden, und jedes Recht muß daher das Verhältniß

15) In abstracto kann man zwar jede Kundgebung des Willens in Bezug auf die vorliegende Frage in Betracht ziehen, allein von unserem historischen Standpunkte aus ist dies nicht gerechtfertigt.



einer Suprematie des Einen über das Andere festsetzen. Die Annahme eines solchen Verhältnisses bietet ein Princip dar, welches, im Geiste der Nation wurzelnd und aus diesem hervorgegangen, selten im Rechte besonders ausgesprochen werden wird, wohl aber in zahlreichen concreten Erscheinungen sich kund geben muß.

Somit erkennen wir ein doppeltes Princip der Legislationen bei Auffassung und Erkenntniß der Rechtssatzung: das Princip der Suprematie des Wortes der Satzung über den Willen d. i. den Gedanken des Constituenten, und das der Suprematie des Willens über das Wort.

Das erstere Princip faßt das Wort in seinem eigenen d. i. allgemein sprachlichen Sinne und außerhalb seiner individuellen Beziehung zum Disponenten in's Auge: dem Letzteren steht zwar die Wahl des Wortes frei; es liegt somit in seiner Gewalt, seinem Willen den nach allgemein sprachlichen Regeln genügenden, lexicalisch congruenten Ausdruck zu verleihen; allein sobald das Wort verlautbart ist, befreit es sich von der Abhängigkeit vom Willen des Constituenten: es gewinnt seine eigene Selbstständigkeit wieder und tritt auf als eigene Macht, bezüglich seines Sinnes unabhängig von dem Gedanken des Redenden und dessen individuellem Willen. Wir bezeichnen daher dies Princip als das der absoluten Herrschaft des Wortes.

Das Princip der Suprematie des Willens über das Wort dagegen läßt das Letztere nur im Sinne des Constituenten, also in einer ungelösten Relation zu dessen constitutiven Gedanken erscheinen: das Wort bleibt auch nach seiner Kundgebung durch den Mund des Constituenten in steter Abhängigkeit und Beziehung zu seinem Urheber; der bei der Verlautbarung der Disposition maaßgebende Gedanke des Letzteren beherrscht es, so lange es als dessen eigenes Wort nur gilt, und determinirt seinen Sinn und Bedeutung. Hier also steht dem Handelnden nicht blos die Wahl seines Wortes, sondern auch ein Einfluß auf dessen Bedeutung zu, weil das Wort immer nur in dem Sinne gilt, in dem es der Urheber ausgesprochen hatte. Der Gedanke ist daher hier nicht, wie bei dem ersteren Principe, vollständig an seine äußere Erscheinung gefesselt, vielmehr beherrscht der Gedanke des Urhebers das Wort. Die Geltung

des Wortes ist sonach hier nur eine relative, daher wir dieses Princip das der relativen Herrschaft des Wortes nennen [16]).

Dieser Gegensatz beider Principien bildet nun den Mittelpunkt, um welchen die in §. 8 angegebenen Ausdrücke insgesammt sich concentriren, obwohl die Beziehung dieser Bezeichnungen zu jenem Gegensatze im Einzelnen wieder eine vierfach verschiedene ist.

Die erste Classe jener Bezeichnungen benennt nämlich die beiden Principien selbst, welche im Widerstreite einander gegenüberstehen. Sie umfassen die erste und principale Beziehung des Gegensatzes, welcher am vollkommensten durch die Bezeichnungen: aequitas, für das Princip der relativen Herrschaft des Wortes, und justitia, für das Princip der absoluten Herrschaft des Wortes dargestellt wird, für welchen Gegensatz jedoch Cicero auch die Ausdrücke: aequi bonique ratio, aequi et boni ratio, und veri et justi ratio, juris civilis ratio, verbi ratio gebraucht.

Die zweite Gruppe jener Gegensätze bezeichnet die Factoren und Träger jener Principien: Wille oder Gedanken und Wort. Diese Beziehung jenes Gegensatzes der Principien legen die Ausdrücke dar: voluntas, consilium, sententia, res, und: verba, verbum, litterae, scriptum.

Als dritte Classe der Benennungen jener Gegensätze erscheinen die Substrate jener Principien: der Inbegriff der Normen, welche aus der Anwendung jener Principien sich ergeben. Hierfür bieten sich die Ausdrücke: aequum et bonum, aequum, und: verum et justum, jus civile, summum jus, jus.

Endlich die vierte Bezeichnung jenes Gegensatzes lehnt sich an einige jener der zweiten Classe angehörigen Ausdrücke an und bezieht sich auf die Veranlassung, welche jenem Principienwiderstreite das Feld seiner Kundgebung in praktischen Consequenzen eröffnet. Dies findet nach der Auffassung des ciceronianischen Zeitalters lediglich bei der Interpretation des Gesetzes und des Rechtsgeschäftes und hier wiederum aus doppeltem Grunde statt: zunächst nämlich dann, wenn der Ausdruck der in Frage gestellten Disposition, also das Wort in seinem all-

16) Vergl. hierzu Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I. p. 18 sq.

gemein sprachlichen Sinne dem Willen und Gedanken des Constituenten nicht völlig congruent ist, das Wort also diesen Willen ungenügend vertritt; und sodann in dem Falle, wo der Wille und Gedanke des Constituenten durch ein Wort überhaupt gar nicht vertreten ist und somit in der Disposition selbst eine Lücke statt hat. In beiden Fällen der Interpretation treten die beiden Principien einander widersprechend und feindselig gegenüber, indem jedes von beiden die Herrschaft einer anderen Potenz vertritt. Im ersteren jener beiden Fälle stellt dabei die aequitas den Willen als das herrschende Agens im Rechte hin, die justitia dagegen das Wort; im letzteren Falle negirt die justitia einfach die rechtliche Existenz der nicht in Worten verlautbarten Willensbestimmung, während die aequitas solche anerkennt. Dieser letztere Fall wird von der römischen Rhetorik ratiocinatio genannt, trägt also in dieser seiner Bezeichnung keine Andeutung des Gegensatzes der Principien in sich; dagegen der erstere Fall der ungenügenden Vertretung des Willens durch das Wort wird nach den durch die widerstreitenden beiden Principien gebotenen verschiedenen Schwerpunkten der Interpretation im Allgemeinen als scriptum et voluntas oder scriptum et sententia technisch bezeichnet und umfaßt in dieser Benennung die Gegensätze der interpretatio ex scripto, wie der interpretatio ex voluntate oder sententia.

Alle diese letzteren drei Classen von Begriffen bezeichnen somit nur die verschiedenen Radien je Eines Kreises und laufen je in Einem Mittelpunkte, in den beiden Principien selbst zusammen, obgleich dieser einheitliche Ausgang etwas verdeckt wird durch die obige vierfache Verschiedenheit der im Einzelnen gebrauchten Bezeichnungen. Für die Terminologie Cicero's ist jedoch diese sachliche und wesentliche Verwandtschaft, die in jenen vier Begriffsclassen gemeinsam obwaltet, allein maßgebend gewesen gegenüber der Anforderung eines formalen Ebenmaaßes und einer logisch normalen Gegenüberstellung der entsprechenden Begriffe, daher derselbe nur in der vierten Classe jener Gegensätze unwandelbar die entsprechenden Glieder mit einander verbindet, dagegen die den ersten drei Classen angehörigen Gegensätze willkührlich einander entgegensetzt, und so verschiedene Beziehungen der beiden widerstreitenden Principien, wie aequitas

und jus, aequum et bonum und verba in einen formal unrichtigen Gegensatz zu einander stellt.

§. 10.

Fortsetzung.

(Nähere Belege für die wissenschaftliche aequitas).

Die Stellen, welche die weiteren Belege für das Wesen des Gegensatzes von aequitas und justitia und dessen weitere Consequenzen enthalten, lassen sich füglich unter drei verschiedene Gesichtspunkte ordnen. Hiernach sind dies theils Stellen, in welchen Cicero eine weitere Ausführung und Beschreibung jenes Gegensatzes bietet; theils Stellen, welche uns Rechtsfälle vorführen, in denen jener Gegensatz sich kund gab, indem er den Streitpunkt der Parteien bildet, und in denen nun Cicero den Parteistandpunkt ausdrücklich durch die Gegensätze jus und aequitas oder ähnlich bezeichnet; theils endlich Stellen, in denen die Lehre von der Interpretation mit Rücksicht auf jenen Gegensatz theoretisch entwickelt wird. — Da jedoch die dieser letzteren Classe angehörigen Stellen in dem III. Theile dieses Werkes eine weiter gehende Berücksichtigung finden müssen, so begnügen wir uns, hier nur die ersten beiden Arten von Belegen in Betracht zu ziehen, dagegen wegen der weiteren Quellenstellen auf den III. Theil zu verweisen, wo eine historische und sachliche Erörterung dieser beiden Principien folgen wird.

Zunächst kommen demnach als Belege in Betracht p. Caec. 23, 65:

> Ceteri tum ad istam hortationem (sc. Ictorum auctoritati obtemperari non oportere) decurrunt, cum se in causa putant habere aequum et bonum, quod defendant; si contra verbis et litteris et, ut dici solet, summo jure contenditur, solent ejusmodi iniquitati Aequi et Boni nomen dignitatemque opponere. Tum illud, quod dicitur „Sive Nive“, irrident; tum aucupia verborum et litterarum tendiculas in invidiam vocant; tum vociferantur, ex aequo et bono, non ex callido versutoque jure rem judicare oportere; scriptum sequi, calumniatoris esse; boni judicis, voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere;

und p. Mur. 12, 27:

In omni denique jure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt.

Von noch höherer Bedeutung sind jedoch die Stellen, welche uns Rechtsfälle vorführen, in denen der Streitpunkt auf jenem Gegensatze der Principien beruhte.

Zunächst kommt hier in Betracht der berühmteste aller privatrechtlichen Processe des Ciceronianischen Zeitalters, die causa Curiana. Ein gewisser Coponius hatte nämlich den M.' Curius zum Erben eingesetzt, wobei die Testamentsbestimmung ungefähr folgender Maaßen lautete:

Si mihi filius genitur unus pluresve *post mortem meam* in X mensibus *proximis*, is mihi heres esto; si mihi filius genitur isque prius moritur, quam in suam tutelam venerit, tum mihi M.' Curius secundus heres esto [17].

Nach des Coponius Tode wird nun aber überhaupt kein postumus geboren und, in Ermangelung von sui desselben, beansprucht nun dessen nächster Agnat, M. Coponius die legitima agnatorum hereditas, wie die bonorum possessio unde legitimi, während M.' Curius die legitima hereditas ex testamento behauptet. Die Sache kam zum Proceß und als hereditatis petitio vor das Centumviralgericht zur Entscheidung, wobei nach Cic. p. Caec. 24, 69. M.' Manilius Präsident desjenigen consilium war, welches die Sache entschied. Die berühmtesten

17) Nur die cursiv gedruckten Worte habe ich nach eigenem Ermessen beigefügt, die übrigen aus Cicero selbst entnommen; die Ergänzung ist mit Sicherheit unmöglich, weil jenes ungeschickte Testament eben nicht nach den Regeln der Cautelarjurisprudenz abgefaßt war. Scaevola sagte in dieser Beziehung: quam captiosum esse populo, quod scriptum esse negligi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere, Cic. Brut. 52, 196. Der Fehler in der Fassung des Testamentes, welcher den obigen Rechtsstreit zur Folge hatte, lag darin, daß nicht gesagt war: Si mihi filius genitur unus pluresve post mortem meam in X mensibus proximis, is heres esto; si mihi filius heres non erit, sive erit et prius morietur (oder moriatur), quam in suam tutelam venerit, tum mihi M.' Curius secundus heres esto. Vergl. Modestin lib. 2 Pandect. (l. 1 §. 1 D. de vulg. et pup. 28, 6) und Gajus II, 179 (auch in pr. J. de pup. subst. 2, 16). Technisch gefaßt läßt sich der Fehler dahin bezeichnen, daß der Testator nicht eine Vulgarsubstitution mit der Pupillarsubstitution für den Postumus verbunden hatte.

Redner ihrer Zeit vertreten die Partheien und zwar Qu. Mucius Scaevola Pontif. die Sache des Klägers M. Coponius, während L. Licinius Crassus den Beklagten M.' Curius vertheidigt. Den Schwerpunkt des Streites bildet die Frage, ob das Wort des Testamentes oder der Wille des Testator als maaßgebende Norm, als herrschende Potenz zu gelten habe; denn während der Wille des Testator offenbar dahin geht, daß in Ermangelung mündiger ehelicher Söhne M.' Curius Erbe werden soll, so beruft dagegen das Wort des Testamentes den Letzteren nur dann zur Erbschaft, wenn ein postumus geboren wird und unmündig wieder verstirbt. Crassus vertheidigt die erstere Ansicht, vertritt also die aequitas, während Scaevola die letztere Ansicht, und somit die justitia vertheidigt. Scaevola unterliegt jedoch, indem das Princip des aequum et bonum obsiegt.[18]) Den Standpunkt des Crassus bezeichnet nun Cicero folgender Maaßen:

in explicanda aequitate nihil erat Crasso copiosius, idque cum saepe alias, tum apud centumviros in M.' Curii causa cognitum est; Brut. 39, 144.

aequum bonum, testamentorum sententias voluntatesque tutatus est; Brut. 53, 198.

multa — contra scriptum pro aequo et bono dixit; Brut. 39, 145.

patrocinium aequitatis et defensio testamentorum ac voluntatis mortuorum; de Orat. I, 57, 242.

und bezeichnet dessen Sieg mit den Worten:

quae res igitur valuit? Voluntas! p. Caec. 18, 53.

---

18) Ueber die causa Curiana handeln: Cic. de Orat. I, 39, 180. 56, 238. 57, 242—244. II, 6, 24. 32, 140. 141. 54, 221. de Inv. II, 42, 122. Brut. 39, 144. 145. 52, 194—53, 198. 73, 256. Top. 10, 44. p. Caec. 18, 53. 24, 67—69. Boeth. ad Top. p. 341. Or. Quint. I. O. VII, 6, 9. 10. Werthlos sind die Erwähnungen bei Siccama, de iudic. centumvir. ed. II. p. 165 u. 211 u. Bach, hist. jurispr. lib. II. c. II. sect. IV. §. 15. not. g. Mit der causa Curiana war die Frage über den Effect derartig formulirter Substitutionen keineswegs entschieden, vielmehr erledigten noch die Kaiser Antoninus und Verus durch ein Rescript ähnliche Zweifel in der von Crassus vertretenen Modalität, vergl. Modestin. lib. sing. de Heuremat. (l. 4 pr. D. de vulg. et pup. 28, 6.): Jam hoc jure utimur ex divi Marc et Veri constitutione, ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non exstiterit, sive exstiterit et impubes decesserit.

dahingegen den Standpunkt des Scaevola bezeichnet Cicero durch die Ausdrücke:

ex scripto iura testamentorum defendit; de Orat. I, 39, 180.

ejus omnis oratio versata est in eo, ut scriptum plurimum valere oportere defenderet; de Orat. I, 57, 244.

multa de conservando jure civili [dixit]; Brut. 52, 197.

verbis oppugnare aequitatem videbatur; p. Caec. 24, 67.

in jure, in quo illa causa vertebatur, paratissimus [Scaevola]; Brut. 39, 145.

Ein ähnliches Verhältniß waltete ob in der Rechtssache des M. Marius Gratidianus wider C. Sergius Orata. Im Wege einer Interpretation der XII Tafeln war nämlich die Rechtswissenschaft zu dem Satze gelangt:

Quidquid esset in praedio viti, id, si venditor scisset, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere; Cic. de Off. III, 16, 65.

Gratidianus hatte nun von dem Orata ein Haus erkauft und später dem Letzteren zurückverkauft; da dieses Haus bereits vor der ersten Mancipation mit einer Servitut belastet, somit also bei der zweiten Mancipation beiden Contrahenten die Existenz jener Servitut wohl bekannt war, so hatte Gratidianus in der lex mancipii des Rückverkaufes diese auf dem Hause lastende Servitut nicht besonders erwähnt. Auf Grund dessen klagte nun Orata, durch Crassus vertreten: quod viti venditor non dixisset sciens, id oportere praestari; M. Antonius hingegen, den Gratidianus vertretend, stellte der Klage entgegen: quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedis vendidisset, nihil fuisse necesse dici, nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo jure esset, teneret.[19]) Den Streitpunkt bildet hier die Interpretation jenes durch das jus civile recipirten Rechtssatzes nach der doppelten Richtung: ob jener Rechtssatz nach dem Sinne der durch die Wissenschaft ihm gegebenen Worte oder nach dem Sinne seiner Urheber gelte und ob somit die Kenntniß der Fehler auf Seiten des Abkäufers gar nicht oder als

19) Cic. de Offic. III, 16, 67. de Orat. I, 39, 178.

begründeter Ausnahmefall gegenüber jener rechtlichen Bestimmung in Betracht komme. Crassus vertritt, indem er jenen ersteren Satz vertheidigt, die justitia, und zwar erfolgreich [20]), während Antonius in der entgegenstehenden Ansicht der aequitas die Herrschaft vindicirt; daher sagt Cicero de Off. III, 16, 67.:

Jus Crassus urgebat — —, aequitatem Antonius.

Ganz analog stehen diese Ausdrücke in Bezug auf eine Rechtsfrage, wo Crassus und C. Galba verschieden respondirten und rücksichtlich deren Cicero de Orat. I, 56, 240. dem Galba ein multa pro aequitate contra jus dicere beimißt.

Als weitere Belege kommen hier in Betracht sowohl der Rechtsstreit des A. Caecina wider den Sex. Aebutius, dessen einschlagender Streitpunkt im folgenden Paragraphen erörtert werden wird, sowie der Proceß zwischen M. Tullius und P. Fabius, worin Cicero für den Ersteren die aequitas geltend macht, indem er, wie er p. Tull. §. 13. selbst angiebt, als die maaßgebende Norm das consilium des Prätor M. Lucullus hinstellt, welches diesen bei Aufstellung des die actio de vi hominibus coactis armatisve begründenden Edictes geleitet hatte, während L. Quinctius die Vertheidigung des Fabius vornämlich auf die justitia gestützt hatte, nämlich auf die abstract sprachliche Bedeutung der Edictsclausel: dolo malo. In Bezug auf diesen Proceß sagt aber Fortunatus, art. rhet. schol. II. p. 77. Capp.:

Voluntas legis quot modis consideratur? — — Tertio, quum exemplo multarum legum probamus; praesentem quoque legem ita sentire, ut nos defendimus, sicut Tullius fecit pro M. Tullio et pro Caecina. [21])

20) Dies ergiebt sich aus den Worten: Sed hujusmodi reticentiae jure civili omnes comprehendi non possunt; quae autem possunt, diligenter tenentur; de Off. III. 16, 67., auf welche nun die Erzählung des obigen Falles folgt. In Uebereinstimmung mit dem Antonius beantwortete dagegen Ulpian diese Frage in lib. 28 ad Sabin. (l. 1. §. 1. in fin. D. de act. emt. 19, 1.) und dies jedenfalls ganz im Geist seiner Zeit.

20) Vergl. übrigens Cic. pr. Tull., insbes. §. 38, 39., sowie andrerseits §. 8—13. u. 41—43. Anderweite Beispiele solcher Processe, in denen der Gegensatz von jus und aequitas zu Tage trat, folgen in Thl. III. Hierher gehörten nur diejenigen, bezüglich deren der Partheistandpunkt technisch bezeichnet ist.

§. 11.

Fortsetzung.

(Wissenschaftliche Aequitas im Processe des A. Caecina wider Sex. Aebutius.)

Der Streitpunkt im Processe des A. Caecina wider den Sex. Aebutius, insoweit derselbe dem hier in Frage stehenden Gesichtspunkte sich unterordnet, ist folgender:

Aebutius hatte mit Hülfe bewaffneter Männer dem Caecina den Zutritt zu dem fundus Fulcinianus verwehrt. Caecina erlangte in Folge dessen vom Prätor des Inderdictum de vi hominibus coactis armatisve, welches ungefähr dahin lautete:

Unde tu, Sex. Aebuti, aut familia aut procurator tuus A. Caecinam aut familiam aut procuratorem illius vi hominibus coactis armatisve dejecisti, qua de re agitur, eo restituas. [22])

Da jedoch Aebutius trotz dieses Decretes die Restitution verweigerte, so ward, nach vorgängiger üblicher Pönalstipulation der Partheien, das Proceßverfahren vor Recuperatoren eröffnet.

Den Klaggrund bildet die Behauptung des Caecina, daß Aebutius diese Stipulation verwirkt habe; wogegen C. Calpurnius Piso, der Anwalt des Aebutius, seine Vertheidigung darauf fundirt, daß die in Frage befangene Handlungsweise des Aebutius nicht dem im Interdicte aufgestellten Thatbestande entspreche. Diese Argumentation des Piso basirt auf einer Interpretation des Interdictes [23]), welche selbst auf das Princip des jus civile gestützt ist. Die einzelnen Momente dieses Theiles der Vertheidigung des Piso sind folgende:

A. Unter dejicere verstehe der allgemeine Sprachgebrauch eine Handlung des Herauswerfens; da nun aber Caecina bei

22) Vergl. Keller, semestr. ad Cic. II, §. 3.

23) Den nächsten Gegenstand der Interpretation bildet allerdings die Pönalstipulation und so faßt die Sache auch auf Q. Mucius nach p. Caec. 28, 80. Allein im letzten Grunde liegt darin nur eine Interpretation des Decretes oder vielmehr des Edictes, weil nach dem Wortlaute des letzteren das Decret gegeben und nach dessen Wortlaute wiederum die Stipulation redigirt wurde. So faßt das Verhältniß auf Cicero selbst p. Caec. 18, 50. 22, 63. 36, 104. u. Orat. 29, 102.

dem in Frage befangenen Vorgange gar nicht im fundus Fulcinianus, sondern lediglich auf einem benachbarten Grundstücke sich befunden habe und nur am Eintritte in den fundus Fulcinianus vom Aebutius behindert worden sei, so falle dem Aebutius nicht ein dejicere, sondern nur ein obsistere, ein non sinere accedere zur Last, wovon das Interdict Nichts besage. Cic. p. Caec. 11, 31. 12, 35. 13, 36. fin. 23, 64.

B. Der Begriff der vis, die das Interdict voraussetzt, erfordere nach gemeinem Wortsinne eine auf den Körper selbst in gefährlicher Weise einwirkende Thätigkeit, einen physischen Zwang, ein occidere oder saucire; da nun Aebutius durch bewaffnete Männer dem Caecina lediglich gedroht und nur einen psychischen Zwang ausgeübt habe, so enthalte seine Thätigkeit keine vis; c. 14, 41.

Aus beiden Gründen falle nun die Handlungsweise des Aebutius nicht unter den durch die Worte des Interdictes verpönten Thatbestand, folglich habe dieser die Stipulation nicht verwirkt.

In Bezug auf diese Modalität der Vertheidigung, insbesondere jedoch im Hinblick auf den unter A. begriffenen Theil derselben, sagt nun Cicero vom Piso:

verbo se, non aequitate defendere conatur; c. 36, 104.

tu, qui tam diligenter et tam callide verbis controversias, non aequitate dijudicas; c. 17, 49.

in ista vero causa, quum tu sis is, qui te verbo litteraque defendas; c. 23, 66.

vergl. auch c. 13, 37: Dejicior ego, inquis, si quis meorum dejicitur omnino. Jam bene agis. A verbis enim recedis et aequitate uteris. Nam verba ipsa si sequi volumus, quomodo tu dejiceris, cum servus tuus dejicitur; sowie c. 24, 66. 28, 81. 29, 83. u. s. w.

Cicero dagegen, welcher in dieser Sache als Anwalt des Caecina gesiegt zu haben scheint,[24]) schlägt bei seiner Rede, wie er selbst sagt, einen doppelten Weg ein.

24) Vergl. Keller, l. c. §. 7. not. 61—63.

I. Der erste der hierdurch gegebenen beiden Theile enthält zunächst die Argumentation: Aebutius hat in der That die Stipulation verwirkt, weil er in Wahrheit

ad A. ein dejicere begangen. Die hierauf bezügliche Deduction, welche ihre Hauptstütze in der aequitas findet, umfaßt:

1. in c. 11, 32—14, 40. 17, 49. 50., sowie nachträglich in c. 31, 89. die Ausführung, daß der Prätor in der That auch den Fall des obsistere unter dem Ausdrucke dejicere habe inbegreifen wollen[25]), denn

   a. Erfordere der innere Zusammenhang der Gesetzgebung ein Rechtsmittel gegen die Modalität der von Aebutius verübten vis; c. 11, 33—13, 36.;

   b. stehe die Interpretation des Piso mit den bestehenden Einrichtungen im Widerspruche, indem durch dieselbe alle Sicherheit des Eigenthumes und Besitzstandes bedroht würde; c. 13, 37—39.; nicht minder

   c. enthalte die Interpretation des Piso eine turpitudo, indem sie für die Vorfahren den Vorwurf involvire, daß diese das Gebot der Nothwendigkeit nicht erkannt hätten; c. 14, 39. 40.; überhaupt aber

   d. führe die justitia, als Interpretationsprincip auf den Ausdruck dejicere angewandt, zu den größten Absurditäten; c. 17, 49. 50.; denn nach den Grundsätzen der justitia sei für den Begriff des dejicere

      aa. das Merkmal des Handanlegens erforderlich, während doch der Prätor sage: „vi dejicere", diese vis aber als ein rein physischer Zwang ohne körperliche Ueberwältigung möglich sei; c. 17, 49; nicht minder sei dann

      bb. das Merkmal des Herabstoßens von einem höher gelegenen Orte wesentlich, nicht aber das Heraus=

25) Keller, semestr. II. erörtert diesen Punkt des Rechtsstreites in §. 5. Weil er jedoch bei dessen Beurtheilung nicht den von mir angegebenen antiken, sondern den modernen Standpunkt einnimmt, so verwandelt sich unter seiner Hand die Principfrage über den Schwerpunkt der Interpretation in eine specielle Rechtsfrage über die Natur des Besitzes. Ich halte daher dieses Stück in dem ausgezeichneten Werke Kellers nicht für eine wahrheitsgetreue Restauration der Antike.

stoßen, das dejicere genügend, während doch der Prätor offenbar auch das Letztere im Auge habe; c. 17, 50.

Endlich

e. erfordere der Tenor des Interdictes selbst die Annahme, daß das dejicere das obsistere umfaßt, weil das Wort „Unde" in dem „unde tu dejecisti" beweise, daß der Prätor nicht bloß das dejicere ex quo loco, sondern auch das dejicere a quo loco, also in der That das obsistere durch das Interdict habe betreffen wollen; c. 31, 89.

Vornämlich auf diesen Abschnitt der Vertheidigung beziehen sich die Aeußerungen, welche Cicero pr. Caec. 29, 83. zum Piso thut:

Si ad interdicti sententiam confugis — — neque aequitatem rei verbi laqueo capi putas oportere, in meis castris praesidiisque versaris. Mea, mea est ista defensio;

sowie in c. 28, 81.:

ego — — ostendi, id verum, id aequum, id utile omnibus esse, spectari, quo consilio et qua sententia, non, quibus quidque verbis esset actum.

Hierauf folgt ferner:

2. in c. 18, 50—c. 22. ein Angriff auf das Princip des jus selbst zu Gunsten der aequitas, indem Cicero die Unhaltbarkeit jenes Princips deducirt:

   a. aus inneren Gründen; c. 18, 50—52. wozu auch 20, 56.

   b. durch Beispiele, in denen jenes Princip aufgegeben worden ist; c. 18, 53. 19, 54. init.

   c. durch Beispiele, in denen es zu unhaltbaren Resultaten führt; c. 19, 54. fin. Hiermit verbindet Cicero, einzelne Worte des Interdictes prüfend,

   d. den Nachweis, wie auf das in Frage stehende Interdict im Allgemeinen die justitia nicht anwendbar sei, weil sie hier zu offenen Absurditäten führen würde; c. 19, 55—c. 22.

Diesen ersten beiden Abschnitten der Vertheidigung ist inserirt:

ad B. die Erörterung des Begriffes der vis, indem Cicero in c. 14, 41—17, 48. dem Piso entgegenstellt, daß die von ihm gegebene Begriffsbestimmung der vis eine unrichtige sei; denn einerseits begreife der Ausdruck vis auch den psychischen Zwang, die durch eine vis hervorgerufene metus, dafern nur solche metus so stark einwirkt, daß dadurch Jemand bewogen werde, entweder seinen Standpunkt aufzugeben oder davon abzustehen, eine angestrebte Stellung einzunehmen; andrerseits aber genüge die Verwundung mitunter gar nicht einmal, Jemanden zum Aufgeben seiner Stellung zu nöthigen.

II. Der zweite Theil der Vertheidigung stützt sich auf die justitia und ihn leiten die Worte ein:

tu me ad verbum vocas: non ante venio, quam recusaro. Nego oportere, nego obtineri posse, nego ullam rem esse, quae aut comprehendi satis, aut caveri, aut excipi possit, si, aut praeterito aliquo verbo aut ambigue posito, sententia et re cognita, non id, quod intelligitur, sed id, quod dicitur, valebit. Quoniam satis recusavi: venio jam quo me vocas; c. 28, 81. 29, 82.

Dieser Theil beginnt mit c. 23. indem in demselben eine Bezugnahme auf die Autoritäten vorangestellt ist, welche in dieser Rechtssache zu Gunsten des Caecina respondirt hatten, c. 23, 65—28, 80., worauf sodann in c. 29, 82—c. 30. die auf das Princip des jus gestützte Deduction selbst folgt. Hier geht nun Cicero's Argumentation dahin:

1. Der Prätor hat decretirt: Caecina unde dejectus est a Sex. Aebutio, eo restituatur. Bei diesen Worten hat nun zwar der Prätor den fundus Fulcinianus im Sinne gehabt, allein er hat doch solchen nicht namentlich bezeichnet, vielmehr den Worten nach nur gesagt: quicunque is locus est, unde Caecina a Sex. Aebutio dejectus est, eo restituatur. Nun ist aber Caecina aus demjenigen, dem fundus Fulcinianus benachbarten Orte, den er fluchtweise verlassen, vom Aebutius dejicirt worden; in diesen Ort ist er bis jetzt vom Aebutius noch nicht restituirt worden; daraus folgt, daß vom Aebutius nicht ex decreto Praetoris restitutum esse. Gleichwohl hat Aebutius spondirt: se restituisse ex decreto Praetoris; folglich

hat Aebutius diese Stipulation verwirkt; c. 29, 82—85. Diese höchst scharfsinnige Argumentation stützt sich auf ein vom Q. Mucius ertheiltes Responsum, vergl. c. 28, 80.

2. Im fraglichen Interdicte heißt es: unde tu dejecisti — eo restituas. Das unde bezieht sich nun allgemeinem Sprachgebrauche gemäß ebensowohl auf das dejicere ex eo loco, in quo quis est, als auf das dejicere ab eo loco, quo quis venit. In den Worten des Interdictes liegt daher nicht bloß das restituere in eum locum, ex quo, sondern auch das restituere in eum locum, a quo Caecina dejectus est. Caecina ist aber, wenn auch nicht ex fundo Fulciniano, so doch a fundo Fulciniano vom Aebutius dejicirt worden; er war daher in den fundus Fulcinianus zu restituiren; gleichwohl hat ihn Aebutius nicht dahin restituirt, folglich hat dieser die Stipulation verwirkt; c. 30.

Fassen wir nun nach alledem die Schwerpunkte dieser widerstreitenden Partheibehauptungen in's Auge und abstrahiren wir die Hauptsätze der Vertheidigungsreden, so erscheint als Thema der Rede des Piso der Satz:

Aebutius hat nach den Worten des Interdictes die Stipulation nicht verwirkt; denn der Wortlaut des Interdictes verpönt:

A. nur das dejicere, nicht auch das obsistere; die Handlungsweise des Aebutius fällt aber nur unter den Thatbestand des obsistere, nicht des dejicere;

B. nur das vi dejicere, nicht auch das minis dejicere; der Thätigkeit des Aebutius liegen aber nur die Merkmale des Letzteren, nicht auch die Merkmale der vis, als der physischen Einwirkung inne.

Dem gegenüber vertheidigt Cicero das doppelte Thema:

I. Aebutius hat nach dem Gedanken des Prätors, wie solcher im Interdicte seinen Ausdruck erhalten sollte, die Stipulation verwirkt, denn

A. der Prätor hat nicht das reine dejicere, sondern auch das obsistere verpönen wollen, und dieses letztere fällt dem Aebutius zur Last;

B. der Ausdruck vis beschränkt sich nicht bloß auf physische Gewalt, sondern umfaßt auch das Einflößen der metus.[26])

II. Aebutius hat auch nach den Worten des Interdictes die Stipulation verwirkt; denn nach dem Wortlaute des Interdictes war geboten:

A. daß Aebutius den Caecina in den Ort restituirte, aus welchem (ex quo) er jenen dejicirt hatte, und dies hat Aebutius nicht gethan;

B. daß Aebutius den Caecina in den Ort restituirte, von welchem hinweg (a quo) er diesen dejicirt hatte, und dies hat Aebutius ebenfalls unterlassen.

Hiernach basirt die Vertheidigung des Piso unter A. und B. auf das Princip des jus civile; die Vertheidigung des Cicero unter II., A. und B. ebenfalls auf die justitia, dagegen die Vertheidigung unter I., A. auf das Princip des aequum et bonum.

Auf diese Duplicität der Vertheidigungsweise des Cicero beziehen sich nun, außer den bereits angeführten Stellen auch noch folgende Aeußerungen:

posterius de verbo videbimus; nunc rem ipsam agamus; c. 11, 32.

sowie:

dixi, non solum re et sententia, sed verbis quoque hoc interdictum ita esse compositum, ut nihil commutandum videretur; c. 30, 86.

quum verba nos eo ducunt, tum res ipsa hoc sentire atque intelligere cogit; c. 31, 89.

ut vero jam, recuperatores, nulla dubitatio sit, sive rem, sive verba spectare vultis, quin secundum nos iudicetis; c. 31, 90.

endlich:

statuite (recuperatores), — — quid nostra defensio de aequitate, quid ratio interdicti de jure admoneant, ut judicetis; c. 36, 104.

Im Hinblick endlich auf eine derartige Gestaltung des Streitpunktes in den Processen bezeichnet Cicero Partit. 28, 100. die auf den Gegensatz der Principien des jus civile und des aequum

26) Bei diesem unter B. angegebenen Theile der Vertheidigung kommt der Gegensatz der Principien überhaupt gar nicht in Frage; in welcher Weise jedoch derselbe theoretisch zu beurtheilen ist, kann erst im III. Theile klar gemacht werden.

et bonum gestützten Streitverhältnisse als diejenigen: quae de jure civili aut de aequo et bono disceptantur.

§. 12.

Resultat.

Durch die in §. 10 und 11 in Verbindung mit §. 8 mitgetheilten Belege hat die in §. 9 gegebene Darstellung des Wesens der wissenschaftlichen und speciellen aequitas Cicero's ihre quellenmäßige Begründung gefunden: während die justitia als dasjenige Interpretationsprincip sich kund giebt, welches das Wort nach seinem abstracten und allgemein sprachlichen Sinne, und somit in völliger Unabhängigkeit von dem dahinter verborgenen Gedanken des Constituenten als herrschende Potenz im Rechte auffaßt, so erscheint die aequitas als dasjenige Rechtsprincip, welches bei der Interpretation des Gesetzes oder Rechtsgeschäftes das Wort nur nach dem vom Redenden selbst hineingelegten Gedanken, also in dessen eigenen Sinn und Willen auffaßt und beurtheilt.

Hieraus ergiebt sich die Verschiedenheit dieser aequitas von dem durch diesen Ausdruck vertretenen generellen und vulgären Begriffe: die specielle aequitas wird zwar sowohl durch die Gleichheit der Bezeichnung, als insbesondere auch nach ausdrücklichem Zeugnisse [27]) der vulgären aequitas, als eine bestimmtere Gestaltung derselben untergeordnet, allein gleichzeitig wird sie aus diesem Gebiete auch wieder herausgehoben, zum wissenschaftlichen Begriffe construirt und als aequitas κατ' ἐξοχήν hingestellt. Fragen wir daher, mit welchem Rechte Cicero's Zeitalter jene Unterordnung der speciellen unter die generelle aequitas aussprach, so müssen wir den Grund hierfür nach der in §. 4 gegebenen Entwickelung lediglich in der veränderten Anschauung des Zeitgeistes suchen. Indem die aequitas im Gegensatze zur justitia als herrschende Potenz im Rechte nicht ausschließlich die äußere und formale Pertinenz des Rechtsgeschäftes

27) So Cic. p. Caec. 28, 81. id aequum esse, spectari, quo consilio et qua sententia, non, quibus quidque verbis essel actum. — Einen weiteren Grund ergiebt die volksthümliche Auffassung des der aequitas entgegenstehenden Princips, die unten bei Note 28 zur Sprache kommen wird.



und Gesetzes, sondern zugleich dessen inneres, gewissermaaßen geistiges Element anerkennt, entsprach sie in vollkommenerer Maaße, als die justitia der Rechtsidee des Zeitalters der untergehenden Republik und erschien in höherem Grade conform der vulgären Vorstellung von Billigkeit, als jenes uralte Princip des Rechtes, welches dem Worte den Vorrang vor dem Willen einräumte. Indem man daher dies letztere Princip zwar als wahres Rechtsprincip, als justitia, sein Gebot als summum jus respectirte, so faßte doch gleichzeitig der Volksgeist dieses summum jus als das der Sache nach größte Unrecht auf, dieses Urtheil in dem Sprüchworte: summum jus summa malitia oder summum jus summa injuria [28]) aussprechend. Das entgegenstehende Princip dagegen ward als übereinstimmend mit der vulgären aequitas anerkannt und jenem summum jus als das aequum et bonum gegenübergestellt. Dennoch haben wir aber auch diese aequitas als wahres und wirkliches Rechtsprincip anzuerkennen; denn wie wenig auch verkannt werden mag, daß, wie namentlich die Gegensätze von aequum et bonum und jus civile oder summum jus beweisen, die aequitas zwar als ein dem jus civile von vorn herein fremdes Element angesehen, vielmehr als Correlat desselben die justitia aufgefaßt wurde, so lassen sich doch selbst die Gegensätze von aequum und ius, aequitas und justitia in Cicero's Munde nicht so auffassen, als ob die specielle aequitas überhaupt allem Rechte fremd wäre und als Nichtrecht sich dem Rechte gegenüberstellte. Denn einestheils beweisen schon die in §. 10 und 11 mitgetheilten Belege den Ungrund solcher Annahme, anderntheils ergiebt sich solcher auch aus der Stellung, welche Cicero dieser aequitas dadurch überweist, daß er dieselbe den Quellen des Rechtes besonders beizählt. Zwar galt nämlich das aequum et bonum, also der nach der aequitas

28) Das erstere überliefert Terenz, Heautontim. IV, 5, 48., das letztere Cic. de Off. I, 10, 33. Beidemale ist die Stellung des Berechtigten als in Folge der justitia vortheilhaft, die des Verpflichteten dagegen als nachtheilig aufgefaßt. Der entgegengesetzte Gesichtspunkt waltete ob in dem von Columella, R. R. I, 7, 2. überlieferten Sprüchworte: summum jus summa crux, welches die Stellung des Berechtigten, wahrscheinlich im Hinblick auf die processualischen Wirkungen, als nachtheilig auffaßt. — Das summum jus kann übrigens anfänglich, gleich dem optimum jus nur einfache Umschreibung des jus civile gewesen sein.

explicirte legislatorische, wie private Wille durchaus nicht als ein schon vorhandenes Recht, und nicht als eine Norm, die, wenn auch in gebundenem und verborgenem Zustande, so doch in Wahrheit bereits als Recht existirte und in der rechtlichen Disposition unmittelbar enthalten war; allein es war dasselbe doch auch wahres und wirkliches Recht, nur daß es durch die Interpretation erst aus der rechtlichen Disposition hergeleitet und entwickelt, und hiermit als etwas Neues und noch nicht Existirendes aufgefunden und zur Existenz und Herrschaft berufen werden mußte. Dieser Satz ergiebt sich als Grund und nothwendige Voraussetzung der Thatsache, daß Cicero, wie bemerkt, diese aequitas zu den Rechtsquellen zählt [29]). Der Grund hiervon ist allenthalben die hervorgehobene productive Bedeutung dieser speciellen aequitas für die Rechtserzeugung, eine Bedeutung, welche dem Principe des jus civile abgeht, indem diesem die Eigenschaft als Quelle neuer Rechtssatzungen versagt wurde. Während daher die Römer in dem Resultate der auf die voluntas gestützten Interpretation eine neue Rechtsschöpfung erblicken und solche Interpretation als Werk der Rechtserzeu-

29) In Top. 7, 31.: si quis jus in legem, morem, aequitatem dividat, zerlegt Cicero die Rechtsquellen in lex, mos und aequitas; vergl. dazu Boeth. p. 332. Or.; dieser Eintheilung entspricht die in de Off. III, 17, 69. ersichtliche: neque more turpe haberi, neque aut lege sanciri aut jure civili, wonach die Rechtquellen in lex, mos und jus civile, d. i. auctoritas ictorum zerfallen. In Top. 5, 28.: jus civile est, quod in legibus, senatusconsultis, rebus judicatis, juris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistit, wozu vergl. Boeth. p. 321 Or. und Jul. Victor, ars rhet. III. §. 3. p. 201 Or. werden aequitas und iuris peritorum auctoritas wieder geschieden. Andere Eintheilungen der Rechtsquellen, wobei die hier in Frage stehende aequitas nicht genannt wird, finden sich in Top. 23, 90. Partit. 37, 130. de Inv. II, 22, 53. 54. de Rep. I. 2. Daß wir in den obigen Stellen unter aequitas die specielle, nicht die vulgäre aequitas zu verstehen haben, ergiebt sich schon daraus, daß in der Theorie Cicero's die letztere überhaupt nicht als Quelle neuen Rechtes erscheint. Vergl. §. 7. fin. Wenn dagegen der Auctor ad Herenn. II, 13, 19. sagt: constat (sc. jus) ex his partibus: natura, lege, consuetudine, judicato, aequo et bono, pacto, und in §. 20 beifügt: ex aequo et bono jus constat, quod ad veritatem et utilitatem communem videtur pertinere, und: ex eo (i. e. ex aequo et bono) vel novum jus constituit ex tempore et ex hominis dignitate, so glaube ich, daß hier allerdings nur die vulgäre aequitas zu verstehen ist.

gung ansehen, erblicken sie in der auf das verbum gestützten Interpretation lediglich eine Explication des bereits gegebenen Rechtes und in deren Resultate lediglich die Reproduction des schon vorhandenen Rechtssatzes. Und gerade hieraus erhellt am Evidentesten die bedeutende Verschiedenheit, welche in dieser Anschauung des ciceronianischen Zeitalters und der Auffassung der Kaiserzeit, sowie unserer eigenen Gegenwart obwaltet: das Resultat der auf den Gedanken des Redenden sich stützenden Interpretation ist uns Enthüllung des verborgenen Inhaltes der Satzung, und somit lediglich Darlegung des bereits gegebenen Rechtes; dem Zeitalter Cicero's ist es Auffindung der noch nicht vorhandenen Norm und neue Rechtsschöpfung; das Product der auf das Wort der Rede allein sich stützenden Interpretation erscheint uns als Nichtrecht, weil das Wort nicht kraft eigener Machtvollkommenheit das Recht setzt, sondern nur als Träger des legislatorischen Willens: das Zeitalter Cicero's dagegen erblickt hierin nur Explication und Darlegung des bereits gegebenen Rechtes. [30])

Nach Alle dem haben wir somit der speciellen aequitas Cicero's gegenüber dem gegebenen jus die Bedeutung einer materiellen Quelle des Rechtes beizulegen; und wenn Cicero das Substrat der aequitas lediglich aequum et bonum, nicht auch aequum jus benennt, so haben wir dies für unwesentlich zu erachten: das Product der aequitas ist, insoweit überhaupt dieses Princip als zulässig anerkannt wurde, wahrhaftes und wirkliches Recht, ein wahres aequum jus, und dieser Character kann ihm nur nominell, nicht effectiv versagt werden.

Dahingegen als Norm der Beurtheilung des gegebenen Rechtes, als Maaßstab der Eintheilung des römischen Rechtes in ein aequum und civile jus finden wir die specielle aequitas bei Cicero nirgends aufgefaßt: Cicero nennt keine Parthie des römischen Rechtes um ihrer Unterordnung unter die Herrschaft dieser aequitas das aequum jus, noch nennt er einen Rechtscomplex als der justitia untergeordnet, das jus civile; aequum und jus bezeichnen bei ihm lediglich die Substrate jener Prin-

30) Für die Richtigkeit dieser Auffassung des antiken Gesichtspunktes werden im III. Theile noch besondere Zeugnisse erbracht werden.

cipien, nicht aber das Rechtsgebiet, innerhalb deren diese letzteren herrschen. Den Grund hierfür mögen wir mit Recht in der Erscheinung finden, daß bereits zu Cicero's Zeit der justitia ein fest begränztes Gebiet unbestrittener Herrschaft mangelt: die aequitas, auf einem dem jus civile fremden Boden erwachsen, ist zu Cicero's Zeit eingedrungen auf dieses, ihr einst verschlossene Gebiet; sie ist hier in den Gegensatz getreten zu dem ihr feindselig gegenüberstehenden, ursprünglich ohne Widerspruch herrschenden Principe und hat hier einen Kampf hervorgerufen, der, ohne Fixirung auf bestimmte Gränzen, als wahrer Principienstreit regellos auf dem nämlichen Gebiete sich bewegte. So war es zu Cicero's Zeit nicht möglich, eine bestimmte Parthie des Rechtes der justitia unterzuordnen und als jus civile abzugränzen, weil die Markscheide fehlte, nach der der Rechtsstoff sich sondern ließ; und weil somit dieser Begriff des jus civile fehlte, konnte daher auch der Gegensatz des aequum jus nicht gebildet werden.

Wenn wir uns schließlich noch zu der Frage nach dem Grunde jener Erscheinung wenden, daß aus dem ganzen großen Inhalte der vulgären aequitas die römische Wissenschaft gerade nur jenes einzelne Interpretationsprincip herausgegriffen, und daß gerade dieses mit einem ausgebildeten, seines Stoffes in so hohem Grade mächtigen, wissenschaftlichen Bewußtsein behandelt wird, ja endlich auch in so nachdrucksvoller Weise in der Theorie wie Praxis hervortritt; so fällt die Beantwortung dieser Frage unserem Plane gemäß allerdings diesem Theile anheim. Allein da einestheils dieselbe eine weitgreifende Untersuchung bedingt, die letztere aber weit sachgemäßer in dem III. Theile ihre Einordnung finden wird; anderntheils wir aber auch Wiederholungen zu vermeiden wünschen müssen, so haben wir es für angemessener erachtet, die Beantwortung dieser Frage für jetzt noch auszusetzen, wie denn überhaupt gerade die gegenwärtige Abtheilung ihre volle Würdigung erst durch den III. Theil erhalten kann.

Zweites Capitel.

Jus gentium.

§. 13.

Wesen des jus gentium im Allgemeinen.

Dem jus gentium der Römer haben wir ein bis in die früheren Jahrhunderte der Republik zurückgehendes Alter beizumessen; erst in dem Zeitalter Cicero's jedoch wird dasselbe zum quellenmäßig beglaubigten Begriffe und tritt in den Kreis unserer Erörterung ein. Allein selbst hier erscheint dasselbe nur in beschränkter Maaße urkundlich, da die dasselbe betreffenden Stellen nicht allein sehr gering an Zahl, sondern auch von solcher Beschaffenheit sind, daß eine erschöpfende Wesenbestimmung des Begriffes darauf nicht mit derjenigen durchgreifenden Bestimmtheit gestützt werden kann, welche wir bei der Wichtigkeit dieses Punktes für unsere Zwecke erwünschen müssen.

Um nun zu einer positiven, wie negativen Ergänzung der bei Cicero nur schwächer ausgeprägten Merkmale und so zu einem höheren Grade der Gewißheit hinsichtlich jenes Begriffes zu gelangen, bietet sich der doppelte Weg dar: der Schlußfolgerung nach rückwärts aus vorausgängigen Momenten, wie der Abstraction nach vorwärts, gestützt auf das in der zweiten Periode sich darbietende Material. Da indeß der erstere Weg nothwendiger Weise auf ein Gebiet uns führen würde, welches wir nach dem von uns gesetzten Plane für jetzt zu vermeiden wünschen, so bleibt uns hier nur die Möglichkeit offen, den zweiten Weg zu betreten, während wir, durch jene erstere Modalität dessen Resultat zu bestätigen, dem Thl. II. überlassen sein müssen.

Indem wir uns demgemäß zuvörderst zu den bei Cicero selbst sich vorfindenden Aussprüchen wenden, so ziehen wir hierbei folgende Stellen in Betracht:

de Off. III, 17, 69.: Itaque majores aliud jus gentium, aliud jus civile esse voluerunt. Quod civile non idem continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet [32]);

de Off. III, 5, 23.: Neque vero hoc solum natura et jure [33]) gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publicae continentur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri;

de Rep. I, 2.: Nihil enim dicitur a philosophis, quod quidem recte honesteque dicatur, quod non ab his pactum confirmatumque sit, a quibus civitatibus jura descripta sunt Unde enim pietas? aut a quibus religio? unde jus aut gentium, aut hoc ipsum civile quod dicitur? unde justitia, fides, aequitas? — Nempe ab his, qui haec, disciplinis informata, alia moribus confirmarunt, sanxerunt autem alia legibus;

Orat. Partit. 37, 130: Atque haec communia sunt naturae atque legis. Sed propria legis et ea, quae scripta sunt, et ea quae sine litteris aut gentium jure aut majorum more retinentur. Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud; — quae autem scripta non sunt, ea aut consuetudine, aut conventis hominum et quasi consensu obtinentur [34]).

Was dagegen die Sentenz betrifft, welche sich vorfindet pr. Mil. 11, 30.:

Sin hoc et ratio doctis, et necessitas barbaris, et mos gentibus, et feris natura ipsa praescripsit, ut omnem

32) Da diese Stelle öfter als Beleg einer vermeintlichen Identität von jus gentium und jus naturale citirt wird, so habe ich in Beilage II den Gedankengang derselben dargelegt. Dies genügt vollkommen, um den Ungrund jener Annahme darzuthun.

33) Die corrumpirte Lesart „id est jure gentium" berichtigt Beier ad h. l. auf handschriftlichen Unterlagen, wie obsteht. Daher ist der von Schaaf Gratama, Diss. qua exponuntur Cicer. philos. de jure, civit. et imperio principia, Gröning. 1827 vorgeschlagene Ausweg, jenen Passus als Glossem späterer Zeit zu streichen, nicht geboten.

34) In dieser Stelle entsprechen sich vollkommen das gentium jus und die conventa hominum et quasi consensus, sowie die majorum mos und die consuetudo.

semper vim, quacunque ope possent, a corpore, a capite, a vita sua propulsarent: non potestis etc.

so dürfte diese Stelle keineswegs hierher zu ziehen sein, weil mir der genügende Grund für die Annahme zu mangeln scheint, daß in der vierfachen Gradation des durch die ratio, necessitas, mos und natura (d. i. Instinct) gebotenen Gesetzes das jus gentium zu verstehen sei unter dem Rechte, welches, zwischen dem Gebote der ratio und der natura in der Mitte stehend, bei den rohen Barbaren gilt, insoweit die necessitas selbst dies gebietet, bei den gebildeteren Völkern dagegen (den gentes) das Gebot der Sitte im Allgemeinen umfaßt und auf dieser beruht.

Indem wir nun obige Stellen zunächst mit der Frage in's Auge fassen, ob wir unter dem jus gentium ein empirisch und historisch gegebenes Recht, oder einen durch die Speculation gewonnenen Begriff zu verstehen haben, so ergiebt sich zwar aus de Offic. III, 5, 23, daß eine Verwandtschaft zwischen der natura oder dem jus naturale[35]) und dem jus gentium obwaltet, welche zunächst darauf beruht, daß das jus gentium in den in dieser Stelle in Betracht gezogenen Punkten die nämliche Satzung aufstellt, wie das jus naturale; allein daß diese Verwandtschaft weder in eine vollständige Gleichheit der Satzungen Beider, noch weniger aber in eine wahre Identität beider Begriffe übergeht, ergeben de Offic. III, 17, 69., de Rep. I, 2., und Orat. Part. 37, 130. auf das Unzweifelhafteste. Denn de Offic. wird die Grenzlinie zwischen dem jus civile und jus gentium auf die Willensbestimmung der Vorfahren zurückgeführt; de Rep. wird das jus gentium geradezu als Satzung und Institution der Vorfahren bezeichnet; und in Orat. Part. endlich wird das jus gentium als Theil des positiven Rechtes (lex) dem jus naturale (natura) direct gegenübergestellt, ein Gegensatz, der auch in de Offic. III, 17, 69. (vergl. Beilage II §. 3) sich offenbart. Alle diese Momente geben aber an die Hand, daß ebensowohl eine begriffliche Verschiedenheit zwischen jus gentium und jus naturale obwaltet und solche insbesondere darauf beruht, daß das Erstere auf positive und formale Grundlage sich stützt und in Folge dessen der lex oder dem jus civile als dem positiven

35) Vergl. §. 38.

Gesetze [36]) sich unterordnet, wie auch daß eine partielle Ungleichheit der unter jenen Beiden begriffenen Rechtsmaterie statt hat, was insbesondere in de Off. III, 17, 69. in Verbindung mit Beilage II. nicht allein im Einzelnen, sondern auch ganz im Allgemeinen in der Weise bekundet wird, daß Cicero hier, wie auch mehrfach in anderen Stellen [37]) eine durchgreifende Verwirklichung des jus naturale in dem positiven Rechte in Abrede stellt, ein Umstand, welcher lediglich unter der Voraussetzung möglich und denkbar ist, daß das jus gentium eben nicht den gesammten Inhalt des jus naturale in sich aufgenommen hat.

Haben wir nun nach Alle dem in dem jus gentium ein auf Empirie und auf rechtsconstituirender Offenbarung durch Sitte beruhendes Recht zu erblicken, so ergeben sich nun aus den obigen Stellen auch noch anderweite Merkmale jenes Rechtscomplexes, welche im nächstfolgenden Paragraphen darzulegen sind.

§. 14.

Jus gentium und jus civile.

Das positive Recht, jus civile in diesem Sinne (wo es den Gegensatz zum jus naturale bildet), zerfällt in das jus gentium und jus civile. Die letztere Eintheilung findet sich vor de Off. III, 17, 69., wozu vergl. Beilage II §. 3, sowie in de Rep. I, 2., wozu vergl. Beilage I, §. 4. Ebenso kehrt dieser Gegensatz in de Off. III, 5, 23. wieder, nur mit dem Unterschiede, daß hier der Begriff des jus civile umschrieben ist durch leges populorum, quibus in singulis civitatibus res publicae continentur. Da nun in letzterer Stelle die Verwirklichung des Rechtsgesetzes: ut non liceat sui commodi causa nocere alteri in Betracht gezogen ist, somit also unter den res publicae nicht die den Staat als solchen betreffenden Angelegenheiten, als vielmehr die einer Normirung durch den Staat unterliegenden Verhältnisse der Bürger zu verstehen sind, so giebt jene Umschreibung des jus civile die Wesenbestimmung des Letzteren an die Hand, daß es dasjenige Recht ist, durch welches jeder Staat, somit auch der römische, die Rechtsverhältnisse seiner Bürger ordnet. Mit diesem Re-

36) Vergl. §. 39.

37) Vergl. §. 39; ferner de Leg. II, 5. u. 6.

sultate stimmt auch überein Top. 2, 9., wo Cicero das jus civile definirt als:

aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas,

sowie de Orat. I, 42, 188., wo Cicero als die Aufgabe und den Zweck des jus civile hinstellt:

legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio.

Indem nun das jus gentium in gleicher Maße, wie dieses jus civile als Einrichtung und Satzung der Staatsgewalt aufgefaßt und hingestellt wird, so ergiebt sich aus Alle dem das Merkmal, daß das jus gentium dasjenige positive Recht ist, dessen ordnende Kraft über die Rechtsverhältnisse der Bürger hinausgreift. Das jus gentium erscheint hierbei als das weitere Recht, indem es nach de Offic. III, 17, 69. zugleich bindende Norm für die Bürger, somit ein civile in diesem Sinne ist, während an dem jus civile dem Subjecte des jus gentium die Theilnahme versagt ist[38]). Da nun endlich in Orat. Part. 37, 130. das jus gentium auf die conventa hominum und den quasi consensus zurückgeführt wird, hieraus aber erhellt, daß die homines als solche als die Subjecte des jus gentium angesehen werden, so können wir hiernach im Sinne des Cicero das jus civile und jus gentium in der Weise characterisiren, daß das jus civile dasjenige positive und zwar römische Recht ist, welches die Rechtsverhältnisse der römischen Bürger ausschließlich regelt, während das jus gentium dasjenige positive Recht ist, welches

38) Dies ist der Sinn von de Off. cit., dessen Verständniß von der richtigen Auffassung des Ausdruckes civile bedingt ist. Dieses civile hat nämlich in jener Stelle einen doppelten Sinn: einmal in der Verbindung jus civile wohnt ihm ein engerer, streng technischer Sinn inne und es bezeichnet dann dasjenige Recht, welches dem römischen Bürger eigenthümlich, d. h. ausschließlich eigen ist; sodann in dem Satze: quod autem gentium, idem civile esse debet, hat es einen allgemeineren Sinn und bezeichnet dasjenige Recht, welches dem römischen Bürger überhaupt eigen, auch wenn es ihm mit anders qualificirten Subjecten, wie Peregrinen, gemein ist. Dort bildet daher das jus civile den Gegensatz zum jus gentium, hier umfaßt es dieses jus civile und jus gentium als seine Theile. Vergl. Beilage II Note 2.

die Rechtsverhältnisse freier Menschen, also der römischen Bürger ebensowohl, wie von Peregrinen normirt.

Alle diese Momente liegen, wie gedacht, den in §. 13 citirten Stellen inne, mit Ausnahme des einen, jedoch an sich ganz zweifellosen Merkmales, daß, während Cicero nur von homines im Allgemeinen spricht, wir hier, wie bei den Juristen der folgenden Perioden unter dieser Bezeichnung nur die freien Menschen zu verstehen haben [39]).

Werfen wir nun von dem hiermit gewonnenen Resultate aus einen Blick auf die Gestaltung des Begriffes vom jus gentium in der zweiten Periode, so treffen wir hier eine dreifältige Wesenbestimmung desselben an, indem wir dieses sowohl als ein jus commune omnibus hominibus, wie als ein jus quod apud omnes gentes peraeque custoditur, wie endlich auch als ein jus quod ratio naturalis constituit characterisirt finden (§. 79). Das Erste dieser drei Criterien ist es, welches nach der obigen Entwickelung Cicero ausschließlich und zwar in der nämlichen Auffassung hinstellt, während die beiden anderen Begriffsbestimmungen in Hinsicht auf das jus gentium ihm fremd sind. Denn, was das

39) Die Wahrheit selbst jener Bemerkung kann nicht füglich in Zweifel gezogen werden und bedarf daher keines weiteren Beweises. Wohl aber bedarf jener Sprachgebrauch einer Erklärung. Die Doppelstellung der Sclaven als dingliche Menschen offenbart sich im Sprachgebrauche: die Auffassung derselben als Sachen bekundet sich zunächst in dem uralten Gebrauche, den berichtet Paul. Diac. s. v. pilae p. 239; sodann in der Bezeichnung als res, worüber vergl. Schilling Inst. §. 27 Note n. und §. 1 J. de reb. incorpor. 2, 2, l. 45 §. 1 D. loc. 19, 2.; endlich in der Benennung mancipium, servitium und ministerium, sowie in späterer Zeit corpora, σώματα, worüber vergl. Creuzer, röm. Antiq. p. 39 Note x. und zur röm. Gesch. u. Alterthumsk. Heft 1. Note 7. 8. 9. Dagegen die Auffassung als Mensch bekundet sich in der Bezeichnung homo, wofür ältester Beleg ist die Mancipationsformel, sowie Plaut. Menaechm. V, 5, 49. Cato R. R. I, 57, 2. Varro R. R. I, 17, 2. Cic. p. Quinct. 19. Catull. 9, 15. Vergl auch Brisson. de verb. sign. s. v. homo §. 2. Diese letztere Qualität ist dem Sclaven niemals abgesprochen worden, daher auch homo an und für sich niemals den liber im Gegensatz zum servus bezeichnet, indem dies auch aus den von Forcellini s. v. dafür angeführten Stellen aus Sueton. Nero 31. und Petr. fr. Frag. 39. Burm. nicht hervorgeht. Wohl aber geschah es in Folge einer stillschweigend supplirten Beschränkung, daß wenn man vom homo als Rechtssubjecte sprach, man den Sclaven ohne Weiteres als nicht mit inbegriffen dachte.

dritte jener Merkmale betrifft, welches in einem Parallelismus mit den von Cicero aufgestellten Criterien des jus naturale steht, so kann solches nach der Stellung, in welcher wir dieses jus naturale zum jus gentium vorfanden, dem Letzteren als wesentliches Merkmal durchaus nicht beigelegt werden, namentlich da Cicero dem jus gentium lediglich eine positiv-rechtliche, in keiner Weise aber eine philosophische Grundlage zuerkennt. Ebensowenig können wir aber auch die Gemeingültigkeit bei allen Nationen als wesentliches Merkmal des jus gentium Cicero's anerkennen. Denn da Cicero einestheils die Gränzlinie zwischen jus civile und jus gentium in de Offic. III, 17, 69. auf die Willensbestimmung der majores zurückführt, anderntheils aber auch in Part. Orat. 37, 130. die Herrschaft des Letzteren auf die conventa hominum und einen quasi consensus, also auf die Geschäftsformen des rechtlichen Verkehres der Menschen und dem entsprechend auf ein Analogon einer Uebereinkunft stützt, so kann unmöglich die Gemeingültigkeit eines Rechtssatzes in den Landrechten der verschiedenen Völker von Cicero als das maßgebende und wesenbestimmende Merkmal des jus gentium angesehen worden sein, weil mit einer derartigen Auffassung die aus jenen beiden Stellen zu entnehmende Bestimmung des jus gentium unvereinbar sein würde, während andrerseits allerdings dieser Widerspruch schwindet, sobald solche nationale Gemeingültigkeit in der Eigenschaft eines zufälligen Merkmales dem jus gentium beigelegt wird. Und in der That vermögen wir hierfür eine Andeutung in de Offic. III, 5, 23. wahrzunehmen, insofern als Cicero in dieser Stelle das jus gentium in directen Gegensatz stellt zu den leges populorum, quibus in singulis civitatibus respublicae continentur. Erwägen wir indeß, daß in dieser Stelle das jus gentium in einen Parallelismus gesetzt ist mit dem jus naturale, und daß nur in Folge dieser combinirten Gegenüberstellung und auch dann nur verhüllt jenes Merkmal zu dem jus gentium hinzutritt; daß dagegen in allen übrigen auf das Letztere bezüglichen Stellen von einer derartigen Characterisirung desselben keine Spur sich vorfindet; so werden wir zwar immerhin anzuerkennen haben, daß die ersten Spuren der der späteren Jurisprudenz so geläufigen Auffassung des jus gentium als eines bei allen Völkern gültigen Rechtes bis auf Cicero

zurückführen, allein die weitere Frage, ob hiermit der Letztere irgend welche praktische oder theoretische Consequenz verknüpfte, oder ob nicht vielmehr derselbe jenen Ausspruch ohne weitere Erwägung der daraus sich ergebenden Folgerungen gethan habe, werden wir weit eher in dem letzteren Sinne zu beantworten haben.

Nach Alle dem glauben wir nun an dem im zweiten Theile noch zu bestätigenden Resultate festhalten zu können, daß Cicero, wie überhaupt sein Zeitalter, nur Ein wesentliches Merkmal des jus gentium anerkannte, positives Recht zu sein, dessen nicht bloß die römischen Bürger, sondern auch Peregrinen theilhaft waren, und daß im Gegensatze hierzu das jus civile das specifisch römische Recht inbegreift, rücksichtlich dessen die Fähigkeit zur Theilnahme daran nur den römischen Bürgern zukam.

Diese Gränzbestimmung selbst unterliegt indeß noch einigen Modificationen, welche im nächsten Paragraphen festgestellt und in ihrem Verhältnisse zu jener Eintheilung erwogen werden sollen.

§. 15.

Resultat.

Die Gegensätze von jus civile und jus gentium in der Bestimmung ihres Begriffes, welche wir in §. 13 und 14 hinstellten, erscheinen als die Glieder einer Eintheilung, deren Fundament die Herrschaft des Rechtes über das Subject bildet, wobei das letztere je nach seiner allgemeinen, rechtlichen, persönlichen Qualität, nach den beiden Status von Civität und Libertät aufgefaßt wird. Dieser Eintheilungsgrund läßt sich auch nach seinen nothwendigen Correlaten als Rechtsfähigkeit der Person je nach deren bezüglichen doppelten Status auffassen, und durch ihn bestimmt, zerfällt nun das Recht in diejenige Parthie, innerhalb deren die Rechtsfähigkeit dem Civis an sich oder, vom Standpunkte der Römer aus, dem römischen civis, und in diejenige Parthie, innerhalb deren die Rechtsfähigkeit dem liber homo als solchem zusteht; oder, nach der andern Seite hin, in dasjenige Recht, dem die Herrschaft über den römischen civis als solchem, und in dasjenige Recht, dem die Herrschaft über den liber homo schlechthin zusteht. Hierin offenbart sich somit

eine Eintheilung des Rechtes je nach einer doppelten Sphäre seiner Herrschaft, wie der Rechtsfähigkeit des Subjectes, und den Schwerpunkt derselben bildet der doppelte Status von Civität und Libertät, indem solcher als ausschließlich bestimmender Grund für die Rechtsfähigkeit der Person, wie für die Herrschaft des Rechtes selbst behandelt und hingestellt und somit als das wesentliche und maßgebende Medium zwischen dem Rechte und seinem Träger anerkannt wird.

In diesem Sinne haben nun die Römer selbst jene Eintheilung anerkannt; allein diese Auffassung ist falsch, weil die Voraussetzungen, auf denen sie beruht, nur beschränkt wahr sind. Denn nicht jener doppelt potenzirte Status allein entscheidet durchgehends über das Maß der Rechtsfähigkeit und über die Beziehungen des Rechtes zur Person, vielmehr sind durch die geschichtlich gegebene Gestaltung der römischen Verhältnisse noch andere Gründe geboten, welche durch ureigene Kraft und in selbstständiger und unabhängiger Weise bestimmend in der hier fraglichen Richtung einwirken. Als solchen selbstständigen Grund kennt das römische Staatsrecht z. B. die Verleihung einer partiellen Theilhaftigkeit am jus civile, wobei im Wege der Concession die Rechtsfähigkeit bezüglich einzelner Stücken des jus civile, z. B. das commercium einer Person eingeräumt wird. Hier erscheint daher die, wenn auch partielle Herrschaft des Rechtes, wie andrerseits die, wenn auch nur beschränkte Rechtsfähigkeit bezüglich desselben vollkommen frei und unabhängig von jener doppelten Gradation des Status, vielmehr wird dasjenige Recht, welches nach dem obigen Eintheilungsgrunde dem höheren Status der Civität nothwendig und wesentlich correspondiren soll, auch dem niederen Status der Libertät ohne Veränderung des Letzteren selbstständig attribuirt. Derartige Modificationen jenes Satzes, daß jener doppelte Status allein, und nothwendig und wesentlich die Unterlage der Rechtsfähigkeit, wie der Herrschaft des Gesetzes bilde, finden sich nun zwar nicht in Bezug auf das jus gentium, vielmehr lediglich innerhalb des Gebietes der Herrschaft des jus civile und auch hier nur in extensiv beschränkter Weise; allein dennoch genügen sie, um jene Eintheilung selbst nach dem von den Römern festgehaltenen Standpunkte, also in dem Sinne, welchen diese derselben unterlegen,

als angemessen nicht anerkennen zu lassen, weil diesfalls die Eintheilungsglieder nicht den gesammten durch den leitenden Gesichtspunkt gegebenen Stoff des römischen Rechtes erschöpfen, sondern ein Gebiet frei lassen, welches weder durch das jus civile, noch durch das jus gentium gedeckt wird.

Die Einordnung dieser nicht mit inbegriffenen Materie in die Eintheilung, welcher das jus civile und das jus gentium angehören, wird erreicht und zugleich den Anforderungen der Ebenmäßigkeit entsprochen, sobald wir der durch den Status bedingten Herrschaft des Gesetzes, wie der Rechtsfähigkeit der Person, als oberstes Fundament der Eintheilung den Grund dieser Rechtsfähigkeit, wie dieser Herrschaft substituiren. Diesfalls theilen wir sodann diesen Grund der Rechtsfähigkeit in einen principalen und originären, wie einen accessorischen und derivativen, und statuiren als Unterarten des Ersteren die Civität und Libertät mit jus civile und jus gentium, sowie, seit dem Ausgange der Republik[39a]), die Latinität mit dem jus Latii, während der accessorische Grund theils den staatsrechtlichen Vertrag, theils die bindende Vorschrift, und Ersterer wiederum den gegenseitigen Vertrag, wie die einseitige Concession und freibeliebte Acceptation umfaßt, und vornämlich die Ertheilung von connubium und commercium inbegreift. Jene Scheidung eines accessorischen und derivativen Grundes der Rechtsfähigkeit von den principalen und originären Gründen derselben beruht aber auf der Erwägung, daß in jenen ersteren Fällen die denselben entsprechende Rechtsfähigkeit theils lediglich auf einen selbstständigen staatsrechtlichen Act sich stützt, der den Status der Person weder berührt, noch einen solchen besonders begründet, noch auch auf einen solchen unmittelbar sich bezieht, theils auch niemals für sich allein und selbstständig in einer Person sich vorfindet, vielmehr lediglich in der Weise, daß die darauf beruhende Rechtssphäre zu einer bereits vorhandenen principalen Rechtsfähigkeit als künstliche Erweiterung von deren Sphäre hinzutritt; wogegen die anderen Gründe theils originär sind, weil sie nothwendig und unmittelbar auf eine der Person selbst in-

39a) Seit der Verleihung des jus Latii an Gallia Transpadana im Jahre 665.

wohnende allgemeine rechtliche Qualität, auf einen besonderen Status sich stützen, wie andrerseits solchen auch bestimmen und bedingen, theils auch principal sind, weil sie an und für sich lediglich auf solchem Status beruhen, von einer Verleihung aber nur mittelbar und nur in der Weise bedingt sind, als die Verleihung des betreffenden Status auch die Verleihung der entsprechenden Rechtsfähigkeit nothwendig implicirt.

Daß nun die römische Doctrin das Gebiet der Herrschaft des Gesetzes, wie der Rechtsfähigkeit der Person nicht in der oben angegebenen Weise in's Auge faßte und wissenschaftlich behandelte, dafür liegt der Grund ebensowohl in einer mangelhaften theoretischen Herrschaft des im Wege der Abstraction zu erkennenden Stoffes [40]), wie insbesondere auch darin, daß in Folge der seit den ersten Anfängen der Stadt gegebenen historischen Gestaltung der Verhältnisse gerade der Gegensatz von Civität und Libertät von so durchgreifender und überwiegender Wichtigkeit sich zeigte, und demgemäß der Gegensatz von jus civile und jus gentium in solcher Maaße hervortrat und der Wahrnehmung sich darbot, daß in Folge dessen jene accessorische und derivative Rechtsfähigkeit übersehen und lediglich von einem anderen theoretischen Standpunkte aus in's Auge gefaßt wurde. So erlangte von dem hier fraglichen Gesichtspunkte aus nur die Eintheilung des Rechtes in ein jus civile und jus gentium Beachtung und Anerkennung, und damit jenen unangemessenen Anschein von erschöpfender Allgemeinheit, den wir oben darlegten.

Wie nun die Gegensätze selbst von jus civile und jus gentium, so war auch die Gränzlinie zwischen Beiden durch rein historische Bildung gegeben; und gleich wie wir erkannten, daß das Wesen jener Gegensätze sich frei von den Einflüssen specu-

40) Bezüglich des jus Latii liegt ein besonderer Grund zweifelsohne darin, daß demselben fast durchgehends nicht ein Maaß von eigenthümlichen Rechtsätzen und Rechtsinstituten entsprach, vielmehr dem jus civile selbst sein Inhalt entlehnt war. Allein nicht nur enthielt das jus Latii ein minus als das jus civile, sondern auch ein majus z. B. rücksichtlich der besonderen Rechtsbestimmungen wegen Erlangung der Civität für den Latinus, welche als ein dem jus Latii ureigenes Stück sich darstellen. Ueberdem ist jedoch dieses Moment für die obige Frage ganz irrelevant.

lativer Behandlung und rein und unvermischt erhalten hatte, so, wie es aus dem Bildungsproceß mehrerer Jahrhunderte hervorgegangen war und sich entwickelt hatte, ebenso haben wir auch festzuhalten, daß jene beiden Elemente des Rechtes lediglich durch diesen historischen Bildungsproceß von einander sich geschieden und abgegränzt hatten und daß nur Sitte und Gewohnheit des rechtlichen Verkehres, wie die practische Thätigkeit der Prätoren und Juristen bestimmend auf die Substantiirung des jus gentium und auf seine Abschließung gegenüber dem jus civile eingewirkt hatten, wobei einzig und allein der Nützlichkeitsgrund und das Bedürfniß des geschäftlichen Verkehres selbst, nicht aber höhere und abstracte Rücksichten als bestimmende Gründe in Betracht kommen konnten.

Hiermit aber stimmt überein, daß wir außer der Gemeingültigkeit für freie Menschen und resp. Bürger kein einziges inneres und wesentliches Criterium des jus gentium und jus civile bei Cicero vorfinden, indem vielmehr alle anderweiten Merkmale derselben den Charakter des Aeußerlichen und Unwesentlichen an sich tragen.

Drittes Capitel.

Jus naturale.

§. 16.

Einleitung.

Von dem Zeitpunkte an, wo eine Nation zur reflectirenden Anschauung der Dinge sich erhebt, und die entsprechenden Vorstellungen eine allgemeinere Beachtung finden; seit jener Zeit hat auch die Frage nach dem Ursprunge des Rechtes die Aufmerksamkeit der Völker vielfältig in Anspruch genommen. Die mannichfachsten Modalitäten sind es, die dem forschenden Geiste als Lösung jener Frage sich darbieten: Die Entstehung durch blinde Laune des Zufalles, wie durch mechanische Einwirkung historisch gegebener Verhältnisse; durch freibeliebte Willkühr des Gesetzgebers, wie durch dessen wohlerwägende Reflexion; die Entstehung endlich durch ein Herauswachsen aus dem Ideenkreise des Volkes, wie durch eine Offenbarung Gottes selbst.

Unter allen jenen Möglichkeiten ist es die letzte, in welcher die Völker die Beantwortung ihrer Frage auffanden: in der Natur und dem Wesen des Rechtes lag Etwas, was auf einen höheren Ursprung desselben hinwies, und sein friedliches Walten, sein streitschlichtender und ordnender Character, wie die Angemessenheit seiner Gebote und deren Uebereinstimmung mit dem, was eine innere Stimme selbst als gut und vernunftgemäß anerkannte, mochten ebenso wie die ihm inwohnende Macht, welche die Höchsten, wie die Niedrigsten der Nation seiner Herrschaft unterwarf, in Gott selbst den Urheber des Rechtes offenbaren; — eine Erkenntniß, die wesentlich gefördert wurde durch die Wahrnehmung, daß bei den verschiedenen Völkern auch ohne voraufgängige Verabredung, ja selbst ohne genauere Kenntniß von einander vielfach der nämliche Satz als Recht anerkannt ward und bestand.

Diese uranfängliche Auffassung vom Ursprunge des Rechtes offenbart sich durch ein doppeltes Medium: in der Sage des Volkes, wie in der Speculation der hervorragenden Geister der Nation.

Bereits früher als ein wissenschaftliches Nachdenken das Problem über die Entstehung des Rechtes sich stellt und löst, tritt diese Frage in der Sage des Volkes während der ersten Periode von dessen natürlicher Entwickelung gleichsam von selbst hervor und findet ihre Beantwortung in einer Weise, die vollkommen jenen herrschenden Vorstellungen entspricht, welche die Entstehung der Welt, wie aller dem Menschen nutzbringenden und heilsamen Dinge den Göttern überweist. So erscheint jene Sage als der unmittelbarste Ausdruck der ureigenen Idee des Volksgeistes, als Kundgebung jener Anschauung, welche im vertrauensvollen Glauben die Relation zwischen Gott und den Menschen als eine unvermittelte und direct eingreifende erscheinen läßt. In dieser Weise betrachtet z. B. die heimische römische Sage das Recht als Gabe des Saturn, wie dies bezeugt wird von Virg. Aen. VIII, 320.:

Primus ab aethereo venit Saturnus Olympo;
Is genus indocile ac dispersum montibus altis
Composuit legesque dedit Latiumque vocari
Maluit;

und Servius in h. l. 322:

Intelligimus Saturnum dedisse leges, quibus adeo obtemperaverunt, ut jam ita per naturam sine legibus viverent. Hunc sane Deum et leges recipere et legibus praeesse docet antiquitas [41]);

dagegen die Griechen schreiben die Erfindung von Sitte und Gesetz der Ceres zu, daher diese von ihnen Δημήτηρ Θεσμοφόρος benannt ward und als Ceres legifera in die Mythologie der Römer überging [42]). Eine andere Sage bezeichnet den Bacchus

41) Vergl. auch Plut. Quaest. Rom. XII und XLII.

42) Vergl. Plin. H. N. VII c. 56. Virgil. Aen. IV, 58 und Serv. in h. l., sowie Calvus bei dems., Macrob. Saturn. III, 12 fin., Plutarch. de esu carn. I, 2., sowie die Citate bei Rosini, Antiqu. Rom. ed. Dempster, Paralipom. ad c. II, 11. ex. Beiläufig bemerke ich, daß eine Vergleichung von Macrob. und Serv. ll. cc. den stringenten Beweis giebt, daß der von Macrobius rühmend erwähnte Grammatiker Servius in der That kein An-

als Erfinder der Gesetze bei den Indern [43]), während andrerseits wiederum demselben die Einsetzung des emere ac vendere ganz im Allgemeinen von den Römern beigelegt wird [44]).

Verwandt mit dieser Anschauung der Volkssage, weil in das Gewand der Mythe verhüllt, verwandt aber auch mit den Bestrebungen der Philosophie, weil eine selbstständige Speculation bekundend, erscheinen die Vorstellungen über den Ursprung des Rechtes bei den ältesten Dichtern: einem Homer und Hesiod. Auch ihnen ist das Recht eine Gabe der Götter, eine unmittelbare Offenbarung für ihr Volk [45]).

Eine wissenschaftliche Auffassung und Ausprägung erhielt endlich jene Vorstellung vom göttlichen Ursprunge des Rechtes in der Philosophie, die, zunächst zwar bestimmt durch die Consequenz der von ihr selbst statuirten Vordersätze, schwerlich aber ganz frei von dem Einflusse jener herrschenden Volksanschauung, ebenfalls eine göttliche Offenbarung in dem Rechte anerkannte. Allein indem hiermit der nämliche Grundgedanke von den verschiedenen Trägern des geistigen Lebens der Nation erfaßt und von einem Jeden in seiner Weise, dort fast nur instinctiv, hier wahrhaft denkend verarbeitet ward, so erlitt der Rechtsbegriff selbst, der den Gegenstand jener speculativen Forschung bildete, eine wesentliche Transsubstantiation. — Denn während das Volk einzig und allein sein heimathliches Recht, dieses aber so, wie es gegeben war und galt, in der Gesammtheit des Stoffes und ohne analysirende Werthschätzung des Inhaltes als Gabe der Götter hinnahm, wendete die Philosophie den Blick empor in die Sphäre ewiger und letzter Wahrheit, erforschte und er-

derer ist. als Servius Maurus Honoratus, — eine Thatsache, die bisher entweder als zweifelhaft (so Lion, Praefat. ad Comment. in Virg. Serv. p. IV ad not. 1) oder ohne genügenden Beweis als wahr (so Bähr, Gesch. der röm. Litt. 3. Aufl. §. 76 ad not. 17) angenommen ward. Denn Macrob. theilt in Saturn. III, 12. fin. die Schede des Serv. ad Aen. IV, 58. wörtlich mit.

43) Arrian Hist. Ind. c. V, §. 5. Diodor. Sic. II, 38, 5.

44) Plin. H. N. VII, c. 56.

45) S. Platner, notiones jur. et just. ex Homeri et Hesiod. carm. explic. p. 96 sq., wozu Vergl. Pseudoplut. de vit. et poes. Hom. c. 117 — 119.

kannte hier das Absolute und fand in diesem den Maaßstab, nach welchem sie das nationale Recht abschätzend in's Auge faßte und beurtheilte. Auf diesem Wege gelangte die Philosophie zu der Erkenntniß, daß ein über Raum und Zeit erhabenes, ein absolutes und einiges Recht als Gesetz des höchsten Wesens gegeben sei, ein Recht, welches weder in den beschränkten Raum des Landrechtes eines einzelnen Volkes eingeschlossen, noch auch andrerseits allein und ausschließlich den Inhalt des Letzteren bilde. Während daher durch solches Dogma einerseits eine zersetzende Distinction in das vaterländische Recht selbst hineingetragen und in demselben ein absolutes und ein nationales normatives Element anerkannt ward, so überschritt andrerseits der Gedanke die sichere Gränze der positiven Satzung und erforschte im freien Reiche der Idee jenes Gesetz, welches unabweichbar die wechselseitigen Beziehungen der Menschen zu regeln berufen war. Dieses absolute und einige Gesetz ist der νόμος ὁ ἄγραφος oder ὁ κοινός, die lex naturae; die Summe seiner Gebote ist das ἄγραφον oder φύσει δίκαιον, das jus naturale; sein äußeres Merkmal ist vornämlich die Allgemeingültigkeit seiner Vorschriften bei allen Völkern; sein inneres Criterium ist, ein Gesetz zu sein, welches vom höchsten Wesen selbst, dem Inbegriffe alles Guten und Schönen ausging.

So erlitt jene Volksanschauung vom göttlichen Ursprunge des Rechtes eine wesentliche Umwandelung im Munde der Philosophie, indem der Begriff des Rechtes selbst, dem jener höhere Ursprung beigelegt ward, eine andere Wesenbestimmung erfuhr. Nur diese letztere Lehre aber ist es, die bei der von uns gestellten Aufgabe von selbstständigem Interesse für uns erscheint, und auch hier sind es zunächst nur die Dogmen der römischen Juristen, die unsere Aufmerksamkeit in ureigener Maaße in Anspruch nehmen. Allein die Wahrnehmung, wie die römischen Juristen bei jener Lehre ebensowohl in mehrfachen einzelnen Punkten ganz unmittelbar von Cicero's Doctrin, ja selbst von den Dogmen der griechischen Philosophie beeinflußt und inspirirt wurden; wie ferner dieselben den leitenden Grundgedanken selbst eines jus naturale der Philosophie Griechenlands, wie Cicero's in letzter Quelle entlehnten, somit aber lediglich eine ursprünglich fremde Vorstellung, wenn auch theilweis in selbst-

ständiger Weise verarbeiteten; die Erkenntniß daher, daß in der Lehre vom jus naturale in Wahrheit nur eine einige große Apperceptionsmasse uns entgegentritt, welche in den verschiedenen Phasen ihrer denkenden Verarbeitung unserem Auge sich darbietet, und die durchlaufene Bahn uns überschauen läßt von der ersten unbeholfenen und dunkelen Vorstellung an bis abwärts zur präcisirten Feststellung des Gedankens, und von hier aus wieder bis zur wohlerwogenen Darlegung des Inhaltes ihrer Postulate; alle diese Momente gebieten, jene Lehre von ihrer practischen Handhabung in den Responsen der römischen Juristen bis rückwärts zu ihrer Begründung in den ersten Regungen der wissenschaftlichen Speculation durch alle Stadien ihrer Entwickelung hindurch zu verfolgen.

Indem wir somit unsere Behandlung des jus naturale der Römer mit der der griechischen Philosophie vom ἄγραφον oder φύσει δίκαιον beginnen, so räumen wir dem Letzteren zwar nur eine präparatorische, in der That aber auch eine mehr als bloß einleitende Stellung ein, und dieser Gesichtspunkt ist es, der wiederum für die äußere Ausdehnung der Erörterung maaßgebend ist [46].

---

46) Unser Standpunkt ist 1. ein rein juristisch-dogmengeschichtlicher: nur die Lehre vom jus naturale, ihre positive Begründung, wie ihre Regirung, ist für uns von wesentlichem Interesse, daher nur sie selbstständigen Anspruch hat, in den Kreis der Erörterung gezogen zu werden; allein um des nothwendigen Verständnisses willen kann die Untersuchung sich nicht entbrechen, auf die Begriffe von Gesetz und Recht, wie in weiterer Folge vom Guten und ethisch Vollkommenen im Allgemeinen zurückzugehen. Darüber hinaus können die Speculationen der griechischen Philosophie nur insoweit in Betracht kommen, als sie das letzte und unentbehrliche Fundament jener Begriffe enthalten; 2. jene Lehre hat eine mehr denn einleitende Bedeutung; daher ist sie nicht bloß in allgemeineren Umrissen anzudeuten, sondern in ihren Hauptpunkten auszuführen und darzulegen; 3. diese Lehre nimmt nur eine präparatorische Stellung ein; daher ist nicht jede Reflexion wiederzugeben, die die denkende Anschauung derselben im Geiste anregt, vielmehr wird die selbstständige Abwägung und Werthschätzung ihres Inhaltes, ihrer Voraussetzungen und Consequenzen durch das Ziel und den Zweck bemessen und bestimmt, dem jene Lehre dient.

Erste Abtheilung.

Die Lehre vom jus naturale in der griechischen Philosophie.

§. 17.

Die älteste Philosophie Griechenlands.

Gleichwie der Stoff, den die antike Philosophie behandelt, in zwei verschiedene große Massen sich scheidet, so erscheint auch, entsprechend dieser doppelten Materie, die Linie verschieden, welche in dem Gange ihrer Forschung die griechische Philosophie beschreibt.

Das Theoretische eröffnet überhaupt alle philosophische Forschung Griechenlands mit den physiologischen Systemen der Jonier und Eleaten, schließt dagegen im Wesentlichen bereits mit Aristoteles ab, nachdem ihm durch diesen eine Bearbeitung aller seiner Elemente: des Logischen wie des Metaphysischen, des Naturphilosophischen wie des Psychologischen zu Theil geworden ist. Dagegen das Ethische, obgleich in einzelnen Begriffen bereits von Pythagoras philosophisch construirt, [47] gewinnt erst mit Socrates Selbstständigkeit und eine systematische Haltung [48]), während es am Ausgange der griechischen Philosophie, wie andrerseits auch in der römischen Doctrin fast ausschließlich die philosophischen Bestrebungen beschäftigt.

Dieser ethische Stoff aber, der allein unsere Aufmerksamkeit maaßgebend in Anspruch nimmt [49]), erscheint in der griechischen

---

47) Vergl. namentlich Magn. Mor. I, 1, 6: πρῶτος μὲν οὖν ἐνεχείρησε Πυθαγόρας περὶ ἀρετῆς εἰπεῖν, (Primus igitur Pythagoras de virtute dicere aggressus est.)

48) Vergl. namentlich Cic. Tusc. V, 4, 10: Socrates autem primus philosophiam — — coegit de vita et moribus rebusque bonis et malis quaerere; Acad. I, 4, 15. Mag. Mor. I, 1, 7. Arist. Met. I, 6, 1. u. a. m.

49) Insoweit unsere Untersuchung ihre unentbehrlichen Grundlagen aus der theoretischen Philosophie entlehnen muß, bin ich mit großem Vergnügen gefolgt Strümpell, Geschichte der theoretischen Philosophie der Griechen, Lpzg. 1854. Die ethische Philosophie insbesondere betreffend, so habe ich in den Werken von Stäudlin, Gesch. der Moralphilosophie, Hannov. 1822. Henrici, Ideen zu einer wissensch. Begründg. der Rechtslehre, Thl. I. Hannov. 1810. p. 3—170. Roßbach, die Perioden der Rechts-Philosophie, Regensb.

Philosophie nicht als elementäre Substanz, vielmehr erkennt das gesammte Alterthum in ihm eine zusammengesetzte Materie an, als deren eines Element deutlich wahrnehmbar das δίκαιον hervortritt, während die Gesammtheit des Ethischen durch die Bezeichnungen ἀγαθόν, καλόν, καλὸν καὶ ἀγαθόν repräsentirt wird. Da nun das δίκαιον als eines der wichtigsten Stücke des ἀγαθόν von der antiken Philosophie aufgefaßt wird, so bilden beide Begriffe auch die Schwerpunkte, um welche auf dem Gebiete der practischen Philosophie die maaßgebenden Fragen sich bewegen. Insbesondere knüpfen sich an das δίκαιον zwei Hauptprobleme an, deren Lösung die Denkkraft des Alterthumes auf das Lebhafteste beschäftigte, die Fragen nämlich: Was ist das δίκαιον? und: Woher kommt dasselbe? Nur abhängig von diesen beiden Hauptfragen erscheinen alle übrigen das δίκαιον betreffenden specielleren Punkte, mit alleiniger Ausnahme der besonderen Frage nach der Wesenheit des Rechtssubjectes selbst. Allein auch diese Frage tritt gegenüber den obigen beiden Hauptproblemen in den Hintergrund zurück, insofern als sie, lediglich durch die Lehre des Pythagoras und Empedocles von einer Rechtsgemeinschaft zwischen Menschen und Thieren angeregt, fast nur in kategorischer Weise zur Erledigung gebracht wird.

Alle diese drei Punkte treten in den Kreis unserer Untersuchung herein: das zweite Problem um seiner selbst willen; durch dieses bedingt sodann das erste; endlich die dritte Frage um deßwillen, weil wir von Pythagoras abwärts den Zwiespalt der betreffenden Meinungen durch die gesammte griechische Philosophie hindurchlaufen und sodann innerhalb der römischen Wissenschaft von Neuem auftauchen sehen (§. 50), hiernach aber anzunehmen ist, daß die gleiche Meinungsverschiedenheit, welche wir in der römischen Jurisprudenz antreffen (§. 56), in letzter Quelle bestimmt wurde durch jene Dogmen der griechischen Philosophie.

In dieser letzteren Annahme liegt zugleich der maaßgebende Grund, weßhalb unsere Untersuchung, anstatt mit Socrates zu

1842. p. 1—61. weniger Unterstützung für meine Zwecke gefunden, als in den Werken über Geschichte der Philosophie im Allgemeinen von Tennemann, Krug, Fries und Brandis.

beginnen, bis auf Pythagoras und Empedocles zurückgeht. Dagegen die späteren Physiologen, welche zwischen Pythagoras und Socrates fallen, können in unserer Untersuchung keine besondere Stelle einnehmen, weil in ihren Systemen eine Theorie des Ethischen gänzlich gemangelt haben dürfte, ja überhaupt einen Raum nicht füglich finden konnte. Wenn daher auch einzelne Sentenzen von diesen Philosophen überliefert werden, welche ebensowohl beweisen, daß die Letzteren Reflexionen über das Wesen und den Ursprung von Recht und Gesetz anstellten, wie auch gleichzeitig in einem inneren Zusammenhange mit deren philosophischen Systemen stehen, so werden wir doch immerhin die Annahme zurückzuweisen haben, daß innerhalb dieser Systeme derartige ethische Erörterungen zu einem selbstständigen Bestandtheile sich abschloßen [50]. Von diesem Gesichtspunkte aus ist zu beurtheilen, wenn Heraclitus (um 254 d. St.) in Consequenz der Lehre, daß die Erkenntniß des Menschen auf einer Einströmung der denkenden Weltseele, des κοινὸς καὶ θεῖος λόγος beruhe, und daß, vermittelt durch diesen Zusammenhang des Individuum mit der göttlichen Weltseele, eine mit dieser gemeinsame Erkenntniß und Vorstellung den Menschen innewohne [51]), den Satz aussprach, daß das menschliche Gesetz nur der Träger des göttlichen sei und von diesem seinen Ausgang und seine Kraft nehme; Stob. Serm. 3, 84. Gaisf.:

> τρέφονται πάντες οἱ ἀνθρώπινοι νόμοι ὑπὸ ἑνὸς τοῦ θείου· κρατεῖ γὰρ τοσοῦτον, ὁπόσον ἐθέλει καὶ ἐξαρκεῖ πᾶσι καὶ περιγένεται (aluntur omnes leges humanae ab una divina; potest enim tantum, quantum libet et sufficit omnibus atque superat); vergl. Stob. Serm. 104, 33. Arist. Phys. I, 2, 3.

Dieser Thesis tritt entgegen Archelaus, ein jüngerer Zeitgenosse des Heraclit, indem derselbe nach Diogen. Laert. II, 16. den Satz aufstellt:

---

50) In diesem Sinne ist zu verstehen, was Diogen. Laert. II, 16. (wozu vergl. Sext. Empir. Math. VII, 1, 14. Bekk.) vom Archelaus berichtet: περὶ νόμων πεφιλοσόφηκε καὶ καλῶν καὶ δικαίων (de legibus philosophatus est et de honesto et justo.)

51) Vergl. Strümpell, l. c. §. 35.

τὸ δίκαιον εἶναι καὶ τὸ αἰσχρὸν οὐ φύσει, ἀλλὰ νόμῳ (justum et turpe non natura esse, sed legibus),
eine Sentenz, worin zuerst der zunächst jedoch nur im Sinne der Physiologen aufzufassende Begriff eines φύσει δίκαιον unserer Wahrnehmung sich darbietet.

Endlich von Democritus, einem Zeitgenossen des Archelaus, berichtet Stob. Serm. 38, 57. den Ausspruch:

οὐκ ἂν ἐκώλυον οἱ νόμοι ζῆν ἕκαστον κατ' ἰδίην ἐξουσίην, εἰ μὴ ἕτερος ἕτερον ἐλυμαίνετο· φθόνος γὰρ στάσιος ἀρχὴν ἀπεργάζεται (leges non prohibuissent singulos pro arbitrio suo vivere, nisi alter alterum laesisset; etenim invidia discordiae parit initium); vergl. Stob. Serm. 43, 33.

sowie Serm. 44, 15.:

δίκη μέν ἐστιν, ἔρδειν τὰ χρὴ ἐόντα· ἀδικίη δὲ, μὴ ἔρδειν τὰ χρὴ ἐόντα, ἀλλὰ παρατρέπεσθαι (Justitia est ea facere, quae fieri oportet, injustitia autem facienda non facere, sed declinare.)

§. 18.

Pythagoräer. Empedocles.

Der leitende Grundgedanke der Philosophie des Pythagoras (geb. um 229 d. St.) oder vielmehr der Pythagoräer beruht nach Arist. Met. vornämlich I, 5 sq., sowie XIII, 3 sq., wozu vergl. Sext. Emp. Pyrrh. hyp. 3, 152 sq. u. adv. phys. II, 249 sq. auf folgender Erwägung:

Das Uranfängliche ist nicht ein sinnlich Wahrnehmbares (φαινόμενον), denn dieses ist ein Zusammengesetztes, und als solches kein Anfängliches. Vielmehr ist eine sinnlich nicht wahrnehmbare und untheilbare Materie jenes Uranfängliche: die Zahl.

Die Zahl ist daher das Element, indem sie Substanz (ὕλη) ist; sie ist aber auch Princip, weil ihre Immanenz ein normirendes Gesetz ist, welches ebensowohl als bestimmende Regel (λόγος), wie als passives Verhalten, als zu erduldende Bestimmung (πάθος, ἕξις) sich kund giebt. Indem jedoch im Einzelnen die Zahlen selbst wiederum eigenen, selbstständigen Principien folgen, wie aus primitiven Elementen bestehen, so sind sie das Uranfängliche: das Element und Princip der Dinge nur in dem

Sinne, daß die Principien und Elemente (στοιχεῖα) der Zahlen zugleich die ersten Elemente und Principien der Dinge sind:

(τοὺς ἀριθμοὺς) τῶν ὄντων ἀρχὰς εἶναι πάντων· oder: οἱ ἀριθμοὶ πάσης τῆς φύσεως πρῶτοι oder τῶν ὄντων πάντων φύσει πρῶτοι·

τά τῶν ἀριθμῶν στοιχεῖα τῶν ὄντων στοιχεῖα πάντων.

Diese στοιχεῖα der Zahlen sind ebensowohl das Ungerade und Gerade, wie das Bestimmte, Begränzte, und das Unbestimmte, Gestaltlose, und sie wiederum erscheinen andrerseits auch als Substrate der Zahlen. Zunächst entspringt aus ihnen die Eins oder μονάς, in welcher Gerades und Ungerades noch unentschieden verhüllt liegt; sodann die Zwei oder δυάς, als das erste unbestimmte Gerade; endlich in weiterer Reihenfolge die übrigen Zahlen. [52])

Indem somit die Zahl andere Beziehungen der Dinge repräsentirt, als deren mathematische Verhältnisse; indem ferner die Zahl auch solchen Objecten des Denkens attribuirt wird, welche ihrem Wesen nach solcher Verbindung nicht entsprechen; so wird hiermit jene Verknüpfung von Zahl und Object des Denkens eine künstliche und verwandelt sich in ein System wissenschaftlicher Symbolik. Hiermit aber tritt in der Philosophie des Pythagoras ein doppeltes Element aus einander: das rein Formale, die mathematische Zahl oder Formel, welche symbolisch ist; und das Materiale, der speculative Begriff selbst oder das Urtheil, welches in jener Formel seinen wissenschaftlichen Ausdruck erhält und seine technische Repräsentation findet.

Eine μονάς nun ist Gott, eine moralische Intelligenz, welche in qualitativer Beziehung als Inbegriff des Guten, ἀγαθόν, [53]) und gleichzeitig auch als Vernunft, νοῦς, οὐσία νοητή, [54]) wie als Seele, ψυχή, [55]) aufgefaßt wird.

Als der Inbegriff des Guten ist Gott den Menschen das

---

52) Vergl. Strümpell, l. c. §. 72 sq.

53) Plut. plac. phil. I, 7, 14. vergl. mit I, 3, 14. 15. 20. Diogen. Laert. VIII, 25.

54) Plut. plac. phil. I, 7, 14. vergl. mit IV, 2, 2. 3, 1.

55) Plut. l. c. IV, 2, 2. 3, 1. vergl. mit Arist. de anim. I, 2. de anim. procr. I, 5. II. Stob. Ecl. I. p. 794. 862. Heeren. Macrob. in Somn. I, 6, 14.

Vorbild der sittlichen Handlungsweise, daher die Summe der ethischen Gebote in der Vorschrift enthalten ist: ἀκολουθεῖν τῷ θεῷ, Gottes Gesetz zu befolgen, dem Menschen somit die allgemeine Pflicht obliegt, ein Gott gefälliges Leben zu führen[56]. Die hieraus sich ergebenden specielleren Vorschriften selbst aber werden zur Erkenntniß des Menschen gebracht durch Verkündigung, sei es unmittelbar von Gott selbst, im Wege der Divination, sei es von Seiten derer, welche solche Offenbarung bereits vernommen[57]).

Das den Geboten Gottes entsprechende Verhalten ist die Tugend, eine Harmonie und μονάς[58]), als deren eine bestimmte specielle Richtung die δικαιοσύνη hervortritt. Die Letztere nun definirt Pythagoras als ἀριθμὸς ἰσάκις ἴσος[59]), was an sich nur besagt, daß die Gerechtigkeit eine potenzirte gleiche Zahl ist, indem jener Ausdruck nur das bezeichnet, was die Römer durch pariter par numerus wiedergeben, d. h. eine gleiche Zahl, welche zwei gleichmäßig gleiche Zahlen in sich enthält[60]). Jene Definition repräsentirt sonach zunächst lediglich einen mathematischen Begriff und eine entsprechende Formel, allein in Wirklichkeit sind beide nur Träger und Repräsentanten der materialen Vorstellung, welche Pythagoras mit der δικαιοσύνη verband. Indem wir nun zunächst die Letztere in's Auge fassen, so ist

56) Jamblich. vit. Pyth. §. 137. vergl. §. 86. 87. Stob. Ecl. II. p. 66. Heer.

57) Jamblich. l. c. Diogen. Laert. VIII, 32. Cic. de Divin. I, 3. Aelian. var. hist. XII, 59.

58) Diogen. Laert. VIII, 33. Arist. Eth. Nic. I, 6, 7. II, 6, 14. Magn. Mor. I, 1, 6.

59) Magn. Mor. I. 1, 6. Hiervon abweichend bestimmt Jamblich. vit. Pyth. §. 179. die δικαιοσύνη in einer Ausdehnung, daß solche das gesetzmäßige Verhalten im Allgemeinen, ja fast die gesammte Tugend umfaßt, wie namentlich nach §. 186. fin. 189 sq. u. 167 sq. Ebenso giebt derselbe in §. 172. (s. unten not. 71.) in dem εἶδος δικαιοσύνης τὸ νομοθετικόν einen Begriff, der weit über die Sphäre des obigen hinaus greift. Wenn nun überhaupt diesen Angaben des Jamblich. einiger Glauben beizumessen ist, so würden wir anzunehmen haben, daß die Pythagoräer gleich dem Aristoteles einen doppelten Begriff der δικαιοσύνη anerkannten: einen vulgären, als den weiteren, und einen wissenschaftlichen engeren Begriff, welcher oben im Texte gegeben ist.

60) Vergl. z. B. Macrob. in Somn. I, 5. fin. Isidor. Origin. III, 5, 3.

hierbei von dem Begriffe des δίκαιον auszugehen, welches Pythagoras definirt als: τὸ ἀντιπεπονθὸς ἄλλῳ[61]), als das Widervergelten, somit als die Summe der durch den Begriff der Widervergeltung, der Talion gegebenen Regeln des Verhaltens[62]). Dieser Begriff des Rechtes läßt nun die δικαιοσύνη, als das dem Ersteren entsprechende Verhalten, nothwendig, wie ausschließlich bedingt erscheinen durch die Proportion einer Gleichheit von Aggressiv- und Repensivhandlung, daher die Gerechtigkeit dasjenige Verhalten ist, welches mit gleichem Maaße den vorausgegangenen Eingriff in die Sphäre des eigenen Ich erwiedert und vergilt, eine Begriffsbestimmung, mit der übereinstimmt, wenn Aristoteles Met. I, 5, 2. im Sinne des Pythagoras die δικαιοσύνη ein τῶν ἀριθμῶν πάθος, ein den Zahlen gegebenes Verhältniß nennt (Vergl. oben). Faßt man daher die Gerechtigkeit als eine von beiden Handlungen unterschiedene dritte Größe auf, so stellt sich diefelbe als Größe dar, welche durch das Gesammtquantum zweier anderer gegebener Größen gebildet wird. Jede einzelne dieser beiden Größen, also Aggressivwie Repensivhandlung, erscheint aber selbst wiederum als eine zusammengesetzte Größe insofern, als bei Beiden je eine doppelte Größe, das Handeln und das Leiden in Betracht kommt[63]). Werden nun diese letzteren Grundgrößen je als δυάς, als das erste unbestimmte Gerade angenommen, so ist nun die δικαιοσύνη die 3. Potenz der δυάς, also=8, was bestätigt wird von Macrob. in Somn. Scip. I, 5 fin.:

Pythagorici vero hunc numerum (i. e. octo) justitiam vocaverunt: quia primus omnium ita solvitur in numeros pariter pares, hoc est, in bis quaterna, ut nihilominus in numeros aeque pariter pares divisio quoque ipsa solvatur, id est, in bis bina.

61) Arist. Eth. Nic. V, 5, 1—3. Eudaem. IV, 5.

62) Magn. Mor. I, 34, 13: ἅ τις ἐποίησε, ταῦτ᾽ ἀντιπαθεῖν. Vergl. Arist. Metaph. XII, 4, 3.

63) Plutarch. de Isid. et Osirid. 75. sagt: (οἱ Πυθαγόρειοι ἐκάλουν) Δίκην τὴν τριάδα· τοῦ γὰρ ἀδικεῖν καὶ ἀδικεῖσθαι κατ᾽ ἔλλειψιν καὶ ὑπερβολὴν ὄντος, ἰσότητι δίκαιον ἐν μέσῳ γέγονεν. Diese Ansicht hat an sich keinen Werth für uns, weil sie offenbar durch den aristotelischen Rechtsbegriff stark beeinflußt ist; allein doch enthält dieselbe die Andeutung, daß das Thuen und Leiden als zwei selbstständige Momente im Thatbestande der Handlung von den Pythagoräern geschieden worden sind.

Eadem quoque qualitate contexitur, id est, bis bina bis. Cum ergo et contextio ipsius pari aequalitate procedat et resolutio aequaliter redeat usque ad monadem, quae divisionem arithmetica ratione non recipit, merito propter aequalem divisionem justitiae nomen accepit [64]).

Demgemäß ist sonach die δυάς die Grundzahl der δικαιοσύνη, wie dies auch andeutet Favon. Eulog. in Somn. Scip. p. 402. Or.:

Dyas vero, ut theologi asserunt, secundus est motus. — — Ab hoc (sc. numero) justitia, naturalis virtus, librata partium aequalitate diluxit;

während die δικαιοσύνη selbst, als 8, die erste cubische Zahl ist. Während wir daher nach der obigen Definition des Pythagoras selbst die δικαιοσύνη durch die Formel: $= X^3$ bezeichnen konnten, so gewinnen wir nunmehr durch diese weitere Größenbestimmung die Formel: die δικαιοσύνη ist $X = 2^3$ [65]).

In dieser Weise ergiebt sich das zweite, das mathematische Element des obigen Begriffes, und wenn gleich wir hierbei einerseits nicht verhehlen dürfen, wie sich nicht mit Gewißheit behaupten läßt, daß bereits Pythagoras diese formale Bestimmung des Begriffes gegeben und dessen Vermittelung mit den Zahlen 2. und 8. festgestellt habe, so erscheint es doch andrerseits auch nicht unwahrscheinlich, daß bei der absoluten Werthschätzung der Zahlen, welche wir bereits bei den ältesten Pythagoräern angedeutet finden, die cubische Zahl, als welche die δικαιοσύνη aufgefaßt wurde, bereits von Alters her namentlich angegeben war.

Das Recht selbst nun erscheint nach der obigen Definition keineswegs als eine mit a priori gegebenem Inhalte versehene absolute Norm, vielmehr gestaltet es sich in der That nur zum abstracten Größenbegriffe: es offenbart sich nicht als Summe

64) Diese letztere Bemerkung bezieht sich darauf, daß δίκαιον nicht bloß den Sinn von gerecht hat, sondern daneben auch „in zwei gleiche Theile getheilt" bedeutet; vergl. die Lex. u. Arist. Eth. Nic. V. 4, 9.

65) Wie wenig es überhaupt der griechischen Wissenschaft widerstrebte, in mathematischen Formeln ethische Begriffe wiederzugeben, beweist Aristoteles, der ebenfalls durch derartige Proportionen das δίκαιον veranschaulicht z. B. durch die Formel: (Person) A : (Person) B = (Sache) C : (Sache) D. Vergl. Eth. Nic. V, 3 sq.

von Vorschriften für die Handlungsweise des Einzelnen, vielmehr stellt es sich einzig und allein als Inbegriff eines einzigen generellen Principes dar, welches für sich allein den gesammten normativen Inhalt des Rechtes vollständig erschöpft. Die durch diese Wesenbestimmung des Rechtes bedingte Besonderheit desselben besteht somit zunächst darin, daß dem Rechte ein absoluter Character keineswegs inwohnt, vielmehr dasselbe rein relativer Natur ist, insofern erst nach Maaßgabe der concreten Aggressivhandlung die Modalität und das Maaß seines Inhaltes sich ergiebt. Allein in noch weit höherem Maaße characteristisch erscheint der Rechtsbegriff des Pythagoras dadurch, daß nach ihm das Recht einen rein ausgleichenden und repensiven Character an sich trägt und somit eine lediglich bedingte Herrschaft ausübt, indem seine ordnende Kraft einzig und allein da sich äußert, wo ein Dritter, sei es durch erwiesene Wohlthat, sei es durch zugefügte Verletzung in das Rechts- und Freiheitsgebiet des Anderen bereits eingegriffen hat, außerhalb dieser Gränzen aber höchstens noch da, wo innerhalb der durch ein Geschäft bedingten Verhältnisse die Zumessung von Vortheil und Nachtheil zwischen den Interessenten in Frage kommt [66]). Dagegen eine selbstständige Abgränzung des Freiheitsgebietes des Einzelnen, wie das Princip der Verhinderung eines Uebergriffes in die Rechtssphäre des Anderen im Wege der aggressiven Handlung, dieser Gesichtspunkt liegt dem Rechte des Pythagoras fern, vielmehr greift innerhalb jener Gränzen lediglich das allgemeine Gesetz des ἀγαϑόν als Maaßstab der Beurtheilung der Handlungen Platz.

Recht und Gerechtigkeit müssen endlich, sobald die Pythagoräer den Ursprung dieser Begriffe im Allgemeinen in Frage zogen, als Ergebnisse höherer Anordnung aufgefaßt worden sein; denn, sagt Philolaus bei Jamblich. in Nicom. Arithm. I. p. 25., **die Gesetze der Zahlenverbindungen und Verhältnisse gelten φύσει καὶ οὐ νόμῳ. Dagegen ist unabhängig vom Begriffe des δίκαιον der des Gesetzes. Dieses gleicht, wie Archytas, ein älterer Pythagoräer besagt, der Harmonie: gleichwie diese dem Gehöre das Verständniß, der Stimme den Gleichklang**

66) Vergl. Arist. Eth. Nic. V, 5, 4 sq.

verleiht, so bildet jenes den Geist des Menschen [zur Empfänglichkeit für die staatliche Ordnung] und vermittelt für die Vielheit der Einzelnen einen friedlichen Einklang und einen geregelten Gang im Verkehre des bürgerlichen Lebens [67]). Denn wie jeder Staat aus drei Elementen besteht: dem Gesetze, dem Herrscher und den Unterthanen, so fällt dem Gesetze, dem wichtigsten dieser Elemente, die Aufgabe zu, nicht allein die Beziehungen der Einzelnen zu den Göttern, Dämonen und Eltern zu regeln, sondern auch das vermittelnde Band zwischen Herrscher und Unterthanen zu bilden, eine Aufgabe, die es erfüllt, indem es die Gesammtheit des Guten und Nützlichen bestimmend und ordnend einer Regel unterwirft [68]). Gleichwie daher der Herrscher der νόμος ὁ ἔμψυχος, und derjenige Regent der beste ist, welcher am Treuesten die Gesetze befolgt [69]), so liegt auch den Unterthanen die Verpflichtung ob, diesem belebten, wie jenem unbelebten Gesetze Folge zu leisten.

Somit greifen die Gesetze weit über das Gebiet des δίκαιον hinaus, die ganze Sphäre des Guten und Nützlichen umspannend. Mit Rücksicht auf ihren Ursprung zerfallen aber dieselben nach Archytas [70]) in die νόμοι ἄγραφοι und γεγραμμένοι, deren Erstere die Quelle wie Richtschnur der Letzteren bilden und, die Gebote Gottes selbst, das höchste und absolute Gesetz des ἀγαθόν enthaltend, vornämlich drohend und züchtigend dem Gottlosen entgegentreten:

πονηρῶν ἀθέων νόμοι θεῶν ἄγραφοι ἀντινομιζόμενοι, πονηρὰν μοῖραν καὶ ζημίαν τῷ μὴ πειθομένῳ διδόντες, πατέρες καὶ ἡγεμόνες τῶν γεγραμμένων νόμων, καὶ δογμάτων ἀνθρώποις τιθέντων (adversus improbos leges Deorum non scriptae institutae sunt, malam sortem poenamque non obedienti inferentes, parentes ac principes scriptarum legum et constitutionum inter homines).

67) Archytas de legibus et justitia bei Stob. Serm. 43, 132. Das Letztere besagt auch die Definition des Pythagoräer's Diotogenes in de sanctitate bei Stob. Serm. 43, 130.

68) Stob. Serm. 43, 134.

69) Archyt. de legib. et justit. bei Stob. Serm. 46, 61.

70) Stob. Serm. 43, 129.

Pythagoras selbst soll das positive Gesetz für berufen erklärt haben, krankhaften Zuständen der bürgerlichen Gesellschaft vorzubeugen, als Vorschrift des zu Thuenden und zu Unterlassenden [71]), daher Gehorsam gegen dasselbe und Kampf gegen das Rechtswidrige eingeschärft wird [72]).

§. 19.

Fortsetzung.

(Pythagoras. Empedocles.)

Als ψυχή durchdringt das höchste Wesen das Weltall, hier als Weltseele (ἡ τοῦ παντὸς ψυχή) sich offenbarend, und erzeugt das Leben [73]). Auch in einzelne Geschöpfe, namentlich in die Menschen und Thiere dringen losgetrennte Theile dieser Weltseele ein und gestalten sich hier zur particulären ψυχή [74]), welche jedoch nur verwandt mit jener, nicht identisch ist [75]), weil die Ausströmung der Weltseele bei Durchdringung der die Erde umgebenden Stoffe mit dieser der Sterblichkeit unterwerfenden Materie sich verbindet und nur in dieser Verschmelzung zur Seele des lebenden Wesens sich gestaltet [76]).

Diese particuläre ψυχή, welche ebenfalls unkörperlich ist [77]), besteht nun aus zwei Bestandtheilen: der intellectullen Kraft

71) Jamblich. §. 172: πρὸς τούτοις ἄλλο εἶδος δικαιοσύνης κάλλιστον κατεστήσατο, τὸ νομοθετικόν, ὃ προστάττει μέν, ἃ δεῖ ποιεῖν, ἀπαγορεύει δὲ, ἃ μὴ χρὴ πράττειν, κρεῖττον δέ ἐστι καὶ τοῦ δικαστικοῦ· τὸ μὲν γὰρ τῇ ἰατρικῇ προσέοικε καὶ νοσήταντας θεραπεύει, τὸ δὲ τὴν ἀρχὴν οὐδὲ νοσεῖν, ἀλλὰ πόρρωθεν ἐπιμελεῖται τῆς ἐν τῇ ψυχῇ ὑγείας (Ad haec aliam pulcherrimam constituit justitiae speciem, legislatoriam, quae facienda quidem praecipit, fugianda vero vetat et ipso judiciali longe est praestantior: haec enim similis est medicinae, quae aegrotos curat, illa vero prorsus non aegrotare sinit, sed animae sanitati e longinquo prospicit).

72) Diogen. Laert. VIII, §. 23. Jamblich. l. c. §. 171: νόμῳ βοηθεῖν, ἀνομίᾳ πολεμεῖν. §. 175. 176.

73) Plut. de plac. phil. IV, 7, 1. Cic. de N. D. I, 11, 27. Diogen. Laert. VIII, 27. 28. Stob. Ecl. I. p. 868.

74) Cic. de N. D. I, 11, 27. cf. de Senect. 21. Diogen. Laert. VIII, 28. Stob. Ecl. I. p. 790.

75) Plut. l. c. IV, 7, 1.

76) Diogen. Laert. VIII, 26 sq.

77) Plut. l. c. IV, 3, 1.

(λογικόν) und der vernunftlosen Kraft (ἄλογον)[78]. Das λογικόν oder φρόνιμον, welches unsterblich[79] und seinem Ursprunge nach der Weltseele zu überweisen ist, zerfällt in zwei Theile: νοῦς und φρένες[80], Denkkraft und Vernunft, oder in das λογικόν i. e. S. und das νοερόν[81]. Der νοῦς begründet die Verwandtschaft aller beseelten Geschöpfe[82] unter sich und mit Gott, daher er auch den Thieren eigen ist, die φρένες dagegen sind den Thieren nicht verliehen.[83].

Wenn sich nun aus alle dem eine genetische, wie theilweise substantielle Gleichheit zwischen Menschen- und Thierseelen ergiebt, so wird dieselbe bis zur Identität potenzirt durch die, ihrem Ursprunge nach wahrscheinlich ägyptische Lehre von der Seelenwanderung, wonach die Seelen bis zu ihrer dereinstigen Reinigung, welche sie nach den oberen Regionen zu dem Weltgeiste zurückführt, einen Kreislauf zwischen Leben und Tod zu durchmessen haben, der sie auch in die Leiber gewisser Thiere führt[84].

Diese Lehre, welche das psychische Element im Thiere mit dem gottverwandten Menschengeiste generisch identificirt, erkennt die Seele als die nämliche Individualität in ihrer successiv-verschiedenen Körperhülle und somit eine höhere psychische Verwandtschaft zwischen Mensch und Thier an. Zu nothwendiger Consequenz führten daher jene beiden Dogmen, von der Seelenwanderung, wie von der Entstehung und Zusammensetzung der Seelen, zu dem Satze, daß in der Abstufung der ethischen Verhältnisse ein Grad gegeben sei, welcher dem Menschen, wie dem Thiere gemeinsam und in welchem Beide auf gleicher Stufe der Empfänglichkeit stehen. Die Verbesserung der Lage und

78) Plut. l. c. IV, 4, 1. vergl. Stob. Ecl. I. p. 792.

79) Diogen. Laert. VIII, 30. cf. Plut. l. c. IV, 7, 1.

80) Diogen. Laert. VIII, 30.

81) Plut. l. c. IV. 5, 13.

82) Der Ausdruck ζῶα ist zweideutig; bei Diogen. Laert. VIII, 30. bedeutet er die beseelten Geschöpfe: Menschen und Thiere; in §. 28 die belebten Geschöpfe, zu denen auch die Pflanzen gehören; vergl. Serv. in Virg. Georg. IV, 329.

83) Diogen. Laert. VIII, 30. Jamblich. Vit. Pyth. §. 169.

84) Diogen. Laert. VIII, 14. 28. 31. 32. Aristot. de anim. I, 3. Herodot. hist. II, 123. Stob. Ecl. I. p. 1044 sq. Senec. Epist. 108. vergl. Cic. Tusc. I, 17. Diodor. Sic. X, 6.

Stellung des Thieres in seiner Unterordnung unter den menschlichen Willen war der Endpunkt, in welchen diese Lehre auslief; die Frage, wie weit das Herrschaftsrecht des Menschen gehe und welchen Gebrauch der Letztere vom Thiere zu machen habe, bildet den Schwerpunkt der practischen Seite jener Lehre; die Controverse, ob das Schlachten und Verzehren der Thiere erlaubt sei, zeigt uns die Spitze dieser practischen Bestrebungen. So ergiebt jene Lehre einen doppelten Folgesatz: Zunächst nämlich im Allgemeinen das Gebot, die Thiere freundlich und liebevoll zu behandeln, insbesondere aber das Verbot sowohl des Tödtens der Thiere, wie namentlich auch blutiger Opfer [85]). Von diesem Verbote waren nur diejenigen Geschöpfe ausgenommen, in deren Leib die menschliche Seele nicht wanderte [86]), während rücksichtlich aller übrigen Thiere jenes Verbot dem wahren Morde vorbeugte:

> Pythagoras omnium inter omnia cognationem esse dicebat et aliorum commercium in alias atque alias formas transeuntium. Nulla, si illi credas, anima interit, nec cessat quidem, nisi tempore exiguo, dum in aliud corpus transfunditur. Viderimus per quas temporum vices et quando pererratis pluribus domiciliis, in hominem revertatur. Interim sceleris hominibus ac parricidii metum fecit, cum possint in parentis animam inscii incurrere et ferro morsuve violare, in quo cognatus aliquis spiritus hospitaretur; Senec. Epist. 108.

Als zweite wichtige Consequenz ergiebt jene Lehre sodann das Dogma von der Rechtsgemeinschaft zwischen Menschen und Thieren:

> Ecquid ergo primum mutis tribuemus belius? non enim mediocres viri, sed maximi et docti, Pythagoras et Empedocles, unam omnium animantium conditionem juris esse denuntiant,

85) Sext. Emp. ad v. Mathem. IX, 127 sq. Porphyr. de abstin. ab esu anim. II. Plut. de inimic. util. 9. de carn. esu I, 1, 1. II, 3, 3. de solert. anim. II, 5. Diogen. Laert. VIII, 22. 23. Jamblich. vit. Pyth. §. 168. 186. Gell. N. A. IV, 11. Ovid Metam. XV, 75 sq. 127 sq. 165 sq. Juvenal. XV, 173. Serv. in Aen. X, 564. Schol. in Juvenal. p. 557. Cram.

86) Jamblich. l. c. §. 85. 98. vergl. Diogen. Laert. VIII, 12, 13. — Daß auch die Thiere ausgenommen waren, welche dem Menschen schaden, war Consequenz des Rechtes. Nach diesen Ausnahmen ist zu beurtheilen Gell. N. A. IV, 11.

clamantque inexpiabiles poenas impendere iis, a quibus violatum sit animal. Scelus est igitur, nocere bestiae; quod scelus qui velit . . . . . . Cic. de Rep. III, 11. Vergl. Jamblich. vit. Pyth. §. 168. 169. Plut. de carn. esu. II, 3, 2. Sext. Emp. adv. Math. IX, 130.

Dieses Recht, das κοινὸν δίκαιον ἡμῖν ψυχῆς (Diogen. Laert. VIII, 13.) muß, gestützt und beschränkt auf den oben hervorgehobenen Rechtsbegriff der Widervergeltung, in der Stellung zwischen Menschen und Thieren in der Weise maaßgebende Norm gewesen sein, daß daraus den Thieren ein Rechtsanspruch erwuchs auf Widervergeltung der dem Menschen erwiesenen Wohlthaten, dem Menschen dagegen die Befugniß, die Missethat des Thieres mit Gleichem zu vergelten, worauf insbesondere auch hindeutet, daß nach Jamblich. vit. Pyth. §. 98. das Tödten schädlicher Thiere gestattet war.

Diese pythagoräische Lehre von der Rechtsgemeinschaft zwischen Menschen und Thieren gewinnt nun namentlich dadurch ein höheres Interesse, weil sie nicht allein einen tieferen und in höherem Maaße rationellen Ursprung dieser Doctrin darlegt[87]), sondern auch aus dem bedeutenden Ansehen des Pythagoras im Alterthume sich erklärt, wie jene Lehre eine weitere Verbreitung und selbst nach Jahrhunderten noch Anhänger finden konnte.

Zu ähnlichem Dogma, wie die Pythagoräer, gelangte auch Empedocles, um das Jahr 314 d. St. blühend, welcher die Lehrsätze aufstellt, daß das mit Vernunft begabte, göttliche Wesen belebend die Welt durchdringt; daß dessen nächste Ausflüsse die Dämonen sind, und daß von diesen ein Theil zur Strafe für Vergehungen in die Leiber der Menschen, Thiere und Pflanzen verbannt und hier zur Wanderung verurtheilt wird, bis der Dämon nach Abbüßung seiner Schuld wiederum in die frühere Gemeinschaft mit Gott tritt.

Durch diese Vordersätze wird sodann Empedocles zu den nämlichen Resultaten[88]) geführt, wie Pythagoras: des Verbotes

87) Der Volksglauben des Alterthums stimmt mit den Lehren des Pythagoras vielfach überein; vergl. Plut. de carn. esu I, 7. Plin. Hist. N. VIII, 34., allein diese Thatsache ist für unseren Gesichtspunkt irrelevant.

88) Die einschlagenden Stellen sind zusammengestellt in Empedocles ed. Sturz, Lips. 1805. p. 462 sq., wozu noch Cic. de Rep. III, 11. cit.

des Schlachtens und Verzehrens der Thiere, welches er als Mord mit den härtesten Strafen bedroht, sowie der Annahme einer Empfänglichkeit der Thiere für das Recht, wie einer Gemeinschaft desselben zwischen ihnen und den Menschen. Diesen beiden Sätzen vindicirt endlich Empedocles eine Gültigkeit bei allen Völkern, gestützt auf die innere Kraft ihrer Wahrheit [89]).

§. 20.

Die Sophisten. Socrates.

Mit Socrates machen sich in der Philosophie der Griechen mehrfache Veränderungen geltend, welche sich für uns auf die zwei Punkte reduciren, daß zunächst eine systematische Scheidung des Stoffes angebahnt wurde; sodann daß zum Ausgangspunkte der Untersuchungen nicht mehr die Welt, sondern der Mensch selbst genommen, daher auch der Ethik die ihr zukommende höhere Berücksichtigung gewährt ward.

Diesen Umschwung veranlaßten zunächst die **Sophisten** [90]). Im Allgemeinen durch weltliche Bestrebungen, wie bei dem Mangel eines wahren wissenschaftlichen, wie moralischen Ernstes abgelenkt von jener eingezogenen, sich in sich selbst versenkenden Contemplation, die in sorgsamem Forschen und Prüfen die höchsten Fragen menschlichen Wissens sich aufwirft und ihre Zweifel durch Erkenntniß absoluter Principien zu lösen anstrebt; andrerseits durch jene Tendenzen nothwendig darauf hingeführt, der Ethik und Politik unter den behandelten Gegenständen einen vornämlichen Platz anzuweisen, da unter allen Objecten philosophirender Speculation gerade jene Gebiete der Anschauung des größeren Publicums am Nächsten sich darboten; bedingt durch diese Voraussetzungen geschah es, daß die Sophisten in mehrfältiger Erörterung die der Ethik, wie Politik anheimfallenden Fragen anregten, hierbei aber ihre mit Zuversicht aufgestellten Sätze weniger durch Zurückleitung auf letzte Principien, als durch dialectische Künste stützten, gleichzeitig aber auch der Skepsis sich zuwendeten, da nicht allein dieselbe den Vortheil bot, mit größerer Leichtigkeit sich in den Augen der Menge mit

89) Aristot. Rhet. I, 13, 2.

90) Vergl. Strümpell, l. c. §. 80. 81.

dem Scheine des großen Geistes und tiefen Denkers zu umgeben, sondern auch die Dürftigkeit und Mangelhaftigkeit der Behandlung der Ethik in den damaligen Systemen solches Beginnen wesentlich unterstützen mußte. So finden wir, daß Protagoras (um 310 d. St.) — allerdings nur in Consequenz seines Principes, daß die Wahrheit von rein subjectivem Character sei und durch die particuläre Vorstellung für das Individuum begründet werde [91]) — die Realität des Unterschiedes zwischen gut und bös, wie zwischen wahr und falsch vollständig leugnete und eine derartige Verschiedenheit nur auf die individuelle Empfindung reducirte. In anderer Weise lehrte Kritias, daß Religion, wie Recht und Moral nur eine Erfindung überlegener Köpfe sei: vom Zustande der unumschränkten Willkühr und der Herrschaft des Stärkeren, als dem ursprünglichen ausgehend, ließ er die Menschen Gesetze, wie Götter lediglich um der Nützlichkeit willen setzen, daher das Recht nur als rein positive Schöpfung, und seinem Inhalte nach nur als Product wohlüberlegter Speculation erscheint. [92]).

Kallicles wiederum, den physischen Kräften eine dauernde Herrschaft vindicirend, erklärte, das durch die Natur gebotene, einzig wahre Gesetz sei das Recht des Stärkeren, während das positive Recht ein egoistisches und willkührliches Gebot der Schwächeren sei, bestimmt, diesen ihr Besitzthum zu sichern und die Kräftigeren abzuschrecken, sich größere Vortheile zu erringen, als ihnen die Schwächlicheren zugestehen. Deßhalb sei hier das Streben nach einem Mehreren für Unrecht erklärt, während das wirkliche Unrecht in Wahrheit darin bestehe, daß die Schwächlicheren vor den Kräftigeren (nämlich die Reichen vor den Armen [93])) Etwas voraus haben wollen [94]). In ähnlicher ähnlicher Weise läßt Plato, de Rep. I. p. 338. c. sq. auch den

91) Vergl. Strümpell, l. c. §. 83. 84.

92) Vergl. Tennemann, Gesch. der Philos. I. p. 394 sq.

93) Es ist characteristisch für Rom und Athen, daß die socialistische Frage, welche früher oder später bei jedem Volke auftauchen und deren ungenügende Lösung schl'eßlich zum Untergange des Staates führen muß, dort innerhalb der Comitien, vornämlich in den Agrargesetzen, hier in regelloser Sophistik durch den Mund der Volksredner ihren Ausdruck fand.

94) Vergl. Tennemann, l. c. I. p. 399 sq.

Thrasymachus den Satz vertheidigen: Recht ist, was dem Mächtigeren nützt.

Diesen Lehren der Sophisten trat Socrates, geb. 285, gest. 354 d. St., mit Entschlossenheit und Muth entgegen, nicht als Lehrer der Philosophie, sondern als Lehrer der ethischen Gebote selbst und als Erzieher seiner Mitbürger, bestrebt, durch Belebung und Entwickelung eines religiösen und moralischen Sinnes zu wirken. Aus den Ueberlieferungen seiner Lehren ergiebt sich indeß folgende Theorie:

Der Inbegriff des Guten und Rechten ist das καλὸν καὶ ἀγαθόν [95]), welches ist die Summe der Gebote der Götter und somit der Inbegriff des obersten ethischen Gesetzes. Der Zustand des Innehabens dieses καλὸν κἀγαθόν ist die Weisheit (σοφία) oder der gesunde Sinn (σωφροσύνη), sonach ein moralisches Wissen, welches als Inbegriff aller Tugenden erscheint [96]). Diese Weisheit ist die nothwendige Vorbedingung des Rechtthuens (εὐπραξία) d. h. der Uebereinstimmung der Handlungen mit dem καλὸν κἀγαθόν [97]) und dieses Rechtthuen selbst hat wiederum zur Folge die Glückseligkeit (εὐδαιμονία), welche das höchste Gut des Menschen bildet und das letzte Ziel seines Strebens sein soll [98]).

Jenes moralische Wissen umfaßt nun drei Tugenden: die Enthaltsamkeit (ἐγκράτεια) d. i. die Beherrschung der Begierden und Leidenschaften [99]), die Tapferkeit (ἀνδρεία) [100]) und die Gerechtigkeit (δικαιοσύνη) [101]), deren jede sonach eine besondere Richtung des moralischen Wissens und eine bestimmte Beziehung des Menschen zum καλὸν κἀγαθόν repräsentirt. Die Gerechtigkeit insbesondere besteht in Beobachtung der Gesetze, daher bei ihr

95) Dieser Ausdruck scheint mit Socrates zuerst als technischer in den Kreis der philosophischen Wissenschaften zu treten, und spielt von nun an die wichtigste Rolle in demselben. Die Römer übersetzen ihn theils durch honestum, theils durch aequum et bonum.

96) Xenoph. Mem. III, 9, 5 sq. IV, 5, 6. 7. 6, 7—9. Arisl. Eth. Nic. I, 6, 3. Vergl. Mor. Eudaem. I, 5, 15. Magn. Mor. I, 1, 7. 35, 25.

97) Xen. l. c. III, 9, 14. 15.

98) Xen. l. c. I, 6, 10. IV, 2, 34. 35.

99) Xen. l. c. I, 5. IV, 5.

100) Xen. l. c. III, 9, 1—4. IV, 6, 10. 11.

101) Xen. l. c. IV, 4.

das καλὸν κἀγαθόν zum Gesetzmäßigen, νόμιμον wird, welches zugleich das Rechte, δίκαιον ist [102].

Diese Gesetze selbst aber sind doppelter Beschaffenheit, theils geschriebene, theils ungeschriebene [103].

Die geschriebenen Gesetze (νόμοι πόλεως) sind von der Bürgerschaft abgefaßt als Vorschrift des zu Thuenden und zu Unterlassenden:

ἃ οἱ πολῖται συνθέμενοι ἅ τε δεῖ ποιεῖν καὶ ὧν ἀπέχεσθαι ἐγράψαντο (quae cives conscripserunt, statuentes quae facere et a quibus abstinere oporteat), Xen. Mem. IV, 4, 13.

Diesen Gesetzen, wenn gleich sie der Veränderung unterliegen, ist doch Gehorsam zu zollen, ja auf ihrer Beobachtung beruht die innere Wohlfahrt, wie die Stärke des Staates nach Außen, und das Wohlergehen des Einzelnen [104].

Die ungeschriebenen Gesetze (ἄγραφοι νόμοι) dagegen werden characterisirt als die allerorts gleichmäßig beobachteten:

τοὺς ἐν πάσῃ χώρᾳ κατὰ ταὐτὰ νομιζομένους (quae ubivis locorum peraeque servantur), Xen. Mem. IV, 4, 19.

und rücksichtlich ihrer läßt sich eine Erfindung durch die Menschen nicht annehmen, da die gesammte Menschheit weder sich vereinigen konnte, noch eine gemeinsame Sprache kennt; vielmehr sind diese Gesetze von den Göttern selbst den Menschen gegeben:

Ἐγὼ μέν, ἔφη, θεοὺς οἶμαι τοὺς νόμους τούτους τοῖς ἀνθρώποις θεῖναι (equidem, ait, has leges hominibus dedisse deos existimo), Xen. l. c.

und es gehört zu ihnen: das Gebot, die Götter zu verehren, den Eltern Ehrfurcht zu erweisen, Wohlthat mit Wohlthat zu vergelten, wie das Verbot der fleischlichen Vermischung zwischen

---

102) Xen. l. c. IV, 4, 12. 18. 25.: τὸ νόμιμον δίκαιον εἶναι vergl. IV, 6, 1—6. Somit ist das δίκαιον nur ein Theil des καλὸν κἀγαθόν, wie dies Xenophon öfter bezeugt, so Mem. III, 9, 5. Nur ein besonderer Theil des δίκαιον ist das νόμιμον περὶ τοὺς θεούς, daher die εὐσέβεια nicht eine besondere Tugend, sondern nur eine bestimmte Beziehung der δικαιοσύνη bildet, vergl. Xen. l. c. IV, 6, 2—4.

103) Xenoph. l. c. IV, 4. 1. sq.

104) Xen. l. c. IV, 4, 14. sq.

Eltern und Kindern. Den Frevler an solchem Gesetz treffen unabwendbare irdische Strafen [105]).

Die ungeschriebenen Gesetze bilden einen Gegenstand der Erkenntniß für den Menschen und diese Erkenntniß, daher auch die auf dieselbe sich stützende Befolgung vermittelt der Verstand [106]).

§. 21.

Cyrenaiker, Skeptiker, Cyniker, Megariker.

Die von den Zuhörern des Socrates ausgehenden Schulen wichen bezüglich der Rechtslehre nach doppelter Richtung von der Lehre des Ersteren, wie unter sich selbst ab.

Die Cyrenaiker, gestiftet von Aristippus von Cyrene, der um das Jahr 374 d. St. blühte, gehen aus von dem Satze, daß die angenehme theils körperliche, theils psychische Affection (ἡδονή) das höchste Lebensziel (τέλος) und wahre Gut (ἀγαθόν) des Menschen sei. Demzufolge mußte ihnen die Tugend zu einem der ἡδονή entsprechenden Verhalten sich gestalten, die σοφία aber verwandelte sich in einen Zustand des Innehabens der ἡδονή, während ἐγκρατεία und ἀνδρεία lediglich die besonderen Beziehungen des Strebens nach Erreichung angenehmer und der Abwendung unangenehmer Affectionen repräsentiren. Dagegen die δικαιοσύνη tritt aus dem Kreise der Tugenden nothwendiger Weise gänzlich heraus [107]), und behält fortan lediglich einen rein negativen ethischen Werth, als Präservativ gegen die unangenehme Affection. Wenn daher Aristipp in der That die Nothwendigkeit der Befolgung der Gesetze anerkennt, so beruht dies einzig und allein darauf, daß Strafen, wie der Tadel der öffentlichen Meinung die Gesetzesübertretung bedrohen [108]), beide aber die ἡδονή beeinträchtigen. Daher ist die Nothwendigkeit der Befolgung der Gesetze einzig

105) Xen. l. c. IV, 4, 20 sq.

106) Xen. l. c. IV, 4, 9 und I, 4, 8. 9. 17.

107) Cic. de off. III, 33, 116. 118.

108) Diogen. Laert. II, 93. Wenn Theodorus die Gerechtigkeit dem Guten selbst beirechnete, Diogen. Laert. II, 98., so läßt sich dieser Ausspruch nur dadurch und nur insoweit rechtfertigen, als die Gerechtigkeit den πόνος abwendet.

und allein durch diese Voraussetzung bedingt, und sobald Strafen und Tadel nicht zu befürchten stehen, fällt jene Nothwendigkeit von selbst hinweg und der Mensch wird dann lediglich durch die Rücksicht auf die ἡδονή bestimmt. Daher kann das Recht auch nicht auf einem Gebote der φύσις beruhen und die scheinbar aus derselben hervorgehenden Gebote können sich lediglich auf die Meinung der Menschen gründen; vielmehr stützt sich das Recht einzig und allein auf menschliche Satzung, daher es auch steter Veränderung unterworfen und für den σοφός völlig entbehrlich ist:

μηδέν τε εἶναι φύσει δίκαιον ἢ καλὸν ἢ αἰσχρόν, ἀλλὰ νόμῳ καὶ ἔθει. Ὁ μέντοι σπουδαῖος οὐδὲν ἄτοπον πράξει διὰ τὰς ἐπικειμένας ζημίας καὶ δόξας (Nihil natura justum esse aut honestum aut turpe, sed lege et consuetudine. Vir tamen bonus nihil agit perperam ob poenas propositas opinionesve hominum). Aristipp. bei Diogen. Laert. II, 93.

κλέψειν τε καὶ μοιχεύσειν καὶ ἱεροσυλήσειν ἐν καιρῷ· μηδὲν γὰρ τούτων φύσει αἰσχρὸν εἶναι, τῆς ἐπ' αὐτοῖς δόξης αἱρομένης, ἣ σύγκειται ἕνεκα τῆς τῶν ἀφρόνων συνόχης (furto quoque et adulterio et sacrilegio, quum tempestivum erit, usurum; nihil enim horum natura turpe esse, si tollatur vulgaris de iis opinio, quae ad compescendos stolidos constitit). Theodorus bei Diogen. Laert. II, 99.

ἐὰν πάντες οἱ νόμοι ἀναιρεθῶσιν, ὁμοίως βιωσόμεθα (si omnes leges tollentur, eodem quo nunc modo vivemus). Aristipp. bei Diogen. Laert. II, 68.

Zu weniger extremen Sätzen gelangten die älteren Skeptiker, gestiftet durch Pyrrho von Elis, geb. um 378, gest. um 466 d. St. Gestützt einerseits auf den Satz, daß das honeste vivere, Sittlichkeit und Tugend das höchste, aber auch das einzige Gut des Menschen sei [109]), andrerseits die Sicherheit der menschlichen Erkenntniß und damit die Brauchbarkeit aller wissenschaftlichen Theorie negirend, erkannten die Skeptiker die Existenz eines über rein subjective Anschauung sich erhebenden sittlichen und rechtlichen Begriffes zwar an, leugneten aber, daß dieser Begriff auf ein über menschliche Einrichtung erha-

109) Cic. de fin. II, 13. IV, 16. Sext. Emp. adv. Math. XI, 20.

benes, übersinnliches und höheres Gesetz sich stütze, daher sie alle Forschung nach einem solchen verwarfen [110]). Vielmehr führten sie das καλὸν καὶ δίκαιον ausschließlich auf positive Satzung und Gewohnheit, als seine alleinige Grundlage zurück: (πύῤῥων) οὐδὲν ἔφασκεν οὔτε καλὸν οὔτ' αἰσχρὸν οὔτε δίκαιον οὔτ' ἄδικον. καὶ ὁμοίως ἐπὶ πάντων μηδὲν εἶναι τῇ ἀληθείᾳ, νόμῳ δὲ καὶ ἔθει πάντα τοὺς ἀνθρώπους πράττειν. οὐ γὰρ μᾶλλον τόδε ἢ τόδε εἶναι ἕκαστον (Pyrrho negabat quicquam honestum esse aut turpe, justum aut injustum; eadem ratione et in omnibus nihil vere esse, sed lege et consuetudine cuncta homines facere; neque enim esse quidquam istud potius quam illud).

Als Rechtfertigungsgrund bezogen sich die Skeptiker auf die Verschiedenheit der Sitten und Gesetze, wie Institutionen bei den verschiedenen Nationen [111]).

Das entgegenstehende Dogma vertreten die Cyniker, gestiftet von Antisthenes aus Athen, der um das J. 374 v. Ch. blühte. Doctrin, wie Leben auf den Satz stützend, daß die Tugend das einzige Gut des Menschen und die alleinige Vorbedingung der Glückseligkeit, daher ebensowohl das einzige Wissenswerthe für den Menschen, als auch dessen gesammte Lebensthätigkeit auszufüllen berufen sei [112]), erklären die Cyniker die Tugend als das der Vollkommenheit entsprechende Verhalten und zwar, da der Inbegriff der Vollkommenheit, Gott, ohne alles Bedürfniß, derjenige daher, welcher möglichst wenige Bedürfnisse hat, Gott am Aehnlichsten, somit am Vollkommensten ist [113]), für das möglichst einfache Leben [114]), welches zugleich der Natur am Vollkommensten entspreche.

Diese einseitige Auffassung der Ethik geht hervor aus einem Ignoriren der physischen Natur, wie des ästhetischen Gefühles: sie reducirt ebensowohl die Ansprüche der Ersteren auf ein Mi-

---

110) Sext. Emp. adv. Math. VII, 30. Diogen. Laert. IX, 105.

111) Diogen. Laert. IX, 83. Sext. Emp. hyp. Pyrrh. I, 145. sq. §. 161. sq. cf. Arist. Eth. Nic. V, 7, 2.

112) Diogen. Laert. VI, 11. 104.

113) Diogen. Laert. VI, 105.

114) Diogen. Laert. VI, 11. 105. Julian orat. 6.

nimum, wie sie das Letztere ertödtet. In unmittelbarer Beziehung hiermit steht, daß die Cyniker die Nothwendigkeit und Bedeutung des Staates für den Menschen leugnen; denn wenn sie zwar den Menschen für ein zur Geselligkeit und Gemeinschaft geborenes Wesen erklären, so fassen sie doch als solches Gemeinwesen nicht den Staat, sondern die Welt, als den Inbegriff der gesammten Menschheit auf [115]).

Diese gesammte Anschauungsweise mußte nun bezüglich des Rechtes, als eines Theiles des καλὸν καὶ ἀγαθόν nothwendig zu der beschränkten Begriffsbestimmung hinführen, daß in Wahrheit Recht nur die Norm sei, welche der höchsten Einfachheit im Leben entspricht, sowie daß das positive Gesetz des Staates Recht nicht constituire, vielmehr nur den Anforderungen der Tugend dieser Character inwohne:

τὸν σοφον οὐ κατὰ τοὺς κειμένους νόμους πολιτεύεσθαι, ἀλλὰ κατὸ τῆς ἀρετῆς (sapientem non secundum constitutas leges in republica versari, sed juxta virtutis normam). Diogen. Laert. VI, 11.

Daher werden die gegebenen Rechtsinstitute nur nach Maaßgabe des natürlichen Bedürfnisses aufgefaßt, so die Ehe nur nach dem Zwecke der Kindererzeugung anerkannt [116]), und daher verachtet auch der Gerechte das Geld [117]).

Die Megariker, kurz nach Socrates Tode von Euclides von Megara gestiftet, stellen in der Ethik den Satz an die Spitze: Es ist nur Ein Gutes, mag es Klugheit, Gott, Verstand oder anders genannt werden [118]). Dieses Gute ist ein gleiches, unveränderliches, ewiges, und nur was diesen Character an sich trägt, ist gut [119]).

Die Anwendung dieses Grundsatzes auf das Recht ist uns nicht überliefert, muß aber die Megariker consequenter Weise zu ähnlichem Satze, wie die Cyniker, geführt haben, daß das Recht nur ein absolutes und höchstes, ewiges, einiges und all-

115) Demetrius bei Seneca de Benef. VII, 1.

116) Diogen. Laert. VI, 11.

117) Diogen. Laert. VI, 28.

118) Diogen. Laert. II, 106.

119) Cic. Academ. II, 42.

gemeines sei und in der Vernunft sein Vehikel habe, daß dagegen das positive Gesetz an und für sich Recht nicht sei.

§. 22.
Plato.

Den Schwerpunkt der Philosophie des Plato (geb. 324., gest. 405 v. Ct.) bildet die Lehre von den absoluten Qualitäten: von den Ideen.

Die Idee des Plato ist das real gedachte Object des Begriffes. Daher ist sie ein Allgemeines und Einheitliches: sie ist weder die concrete Vorstellung vom Dinge, noch das Ding selbst, vielmehr besteht sie sowohl in einer Allgemeinheit, wie auch, gegenüber der Vielheit der in ihre Sphäre fallenden Objecte, in einer Einheitlichkeit, die dieser doppelten Eigenschaft des logischen Begriffes entspricht. Daher ist sie ferner ein Wirkliches und Seiendes: sie ist weder logischer, noch real nur gedachter Begriff, sondern sie ist, wenn auch ohne sinnlich wahrnehmbar zu sein, doch in der Gesammtheit der Dinge selbst vollkommen gegenständlich und wirklich, während sie im einzelnen Dinge nur unvollkommen sich abspiegelt. Daher wird sie endlich nicht durch Abstraction aus der Erfahrung, sondern vermittelst eines lediglich intellectuellen Actes des reinen Denkens unmittelbar durch den logischen Begriff dem Menschen zur Erkenntniß geführt. Denn der Begriff, das Bild von der Idee liegt der Seele des Menschen als einverleibte Wahrheit von Vorn herein inne, nur verdunkelt und in latentem und gebundenem Zustande, bis es erhellt und zum Wissen geführt wird durch ein erinnerndes Besinnen, zu welchem der Mensch sich erhebt durch ein Vertiefen der Seele in sich selbst.

Die oberste aller gegebenen Ideen und deren erhabenste und höchste ist das Gute, das ἀγαθόν, welches ebensowohl Inbegriff der absoluten Schönheit (κάλλος), Ebenmäßigkeit (συμμετρία) und Wahrheit (ἀλήθεια), wie Gottes selbst ist[120]. Demgemäß ist diese Idee ebensowohl Urheber der Welt, wie die Fülle und Vollendung ethischer Vollkommenheit, daher das ἀγαθόν bestimmendes Motiv und höchster Zweck des mensch-

120) Vergl. Strümpell, l. c. §. 88 fg.

lichen Wollens und Handelns, und somit gleichmäßig ethisches Gesetz, wie letztes Ziel ist.

Die Summe der ethischen Gebote liegt somit in der Anforderung, Aehnlichkeit mit Gott anzustreben: ὁμοίωσις θεῷ κατὰ τὸ δυνατόν [121]), und den Weg hierzu bildet die Tugend, welche, als Attribut des Menschen sowohl, wie des Staates aufgefaßt, das der psychischen Organisation des Menschen oder beziehentlich das der normalen Construction des Staates entsprechende Verhalten ist, und welche je nach ihrer verschiedenen Richtung sich in vierfältiger Kundgebung offenbart: als Weisheit (φρόνησις oder σοφία), als Tapferkeit (ἀνδρεία), als Mäßigung (σωφροσύνη) und Gerechtigkeit (δικαιοσύνη).

Diese vierfältige Richtung der Tugend ist gegeben durch die Organisation der ψυχή einerseits, wie des nach dem Vorbilde der Idee construirten normalen Staates andrerseits; denn gleichwie die ψυχή drei Grundtheile nebst den denselben entsprechenden Kräften umfaßt: das λογιστικόν, als das vernünftige und intellectuelle, wie auch unsterbliche Element; das θυμικόν, als die muthvoll, wie überhaupt zum Affecte anregende Grundkraft, und das ἐπιθυμητικόν, als das die sinnliche Begierde und Lust wie Unlust erzeugende Vermögen [122]); so beruht auch der normale Staat auf drei entsprechenden Grundtheilen: den Regierenden, ἄρχοντες, dem βουλευτικὸν γένος, als dem λογιστικόν des Staates, den Kriegern, στρατιῶται, dem ἐπικουρικὸν γένος, als dem θυμικόν, und den Gewerbtreibenden, den γεωργοὶ καὶ δημιουργοί, dem χρηματιστικὸν γένος, als dem ἐπιθυμητικόν [123]). Und gleichwie der λόγος, das gesammte moralische Wissen und die Erkenntniß des ἀγαθόν gebend, zur φρονήσις führt und in dieser zum Mittel aller Tugenden und zu deren Grundlage sich erhebt; gleichwie ferner der λόγος den θυμός und die ἐπιθυμία zügelnd regelt und zur ἀνδρεία und σωφροσύνη veredelt; gleichwie endlich die δικαιοσύνη das naturgemäße und richtige gegenseitige Verhalten des λόγος und

121) Theaetet. p. 176. b. Steph. Vergl. de Rep. I. p. 352. a. sq. II. p. 359. a. b. Phaedon. p. 278. d.

122) Tim. p. 69. c. — 71. de Rep. IV. 436. a. sq.

123) de Rep. II. p. 373. sq. III. sq.

θυμός und der ἐπιθυμία feststellt, und so das Ebenmaaß der geistigen Kräfte vermittelt; so beruht auch im normal construirten Staate die φρόνησις πολιτική auf den ἄρχοντες, und vermittelt die ἀνδρεία und σωφροσύνη des Staates, indem sie den θυμός der Krieger und die ἐπιθυμία aller Grundtheile regelt und veredelt, während die δικαιοσύνη πολιτική das gegenseitige Verhältniß aller drei Stände abwägt und festhält, und somit Gleichklang und Wohllaut im Staatsleben schafft[124]). Und gleichwie endlich die individuelle Tugend, wie die Erkenntniß der Idee überhaupt nur dem φιλόσοφος zugängig ist[125]), so sollen und müssen auch im normalen Staate die Herrscher Philosophen sein[126]).

Die Norm nun, nach welcher die δικαιοσύνη sich regelt, ist der νόμος, das Rechtsgesetz[127]), und diesem wiederum kömmt eine zwiefältige Existenz zu: als Idee, wie als concrete Erscheinungsform.

Als Idee, als νόμος κατ᾽ αὐτό oder als τὸ ὄν des νόμος[128]) ist der Letztere das begrifflich allgemeine und einige Rechtsgesetz, absolut, ewig und vollendet wahr[129]). So ist der νόμος κατ᾽ αὐτό nicht allein Vorbild und Ideal des concreten Gesetzes, sondern beruht auch in wahrer und wirklicher Existenz.

---

124) Defin. p: 411. d. — 412. a. Phaedon 68. c. sq. 69. b. de Rep. III. 412. c. IV. 427. c. — 445. VII. 518. e. X. 603. e. sq. de Leg. I. 631. c. sq. 633. c. sq. IV. 710. a. sq. XII. 963. a. sq. Gorg. 504. b. sq. Polit. 306. e. sq. Laches 192. b. sq. Meno. 88. b, c. Alcib. II. 140. d. e. 144. d. sq. Vergl. Diogen. Laert. III. §. 90. 91. Cic. de Rep. II, 42.

125) Phaedon p. 68. 69. de Rep. VI. 485. sq. de Leg. III. 688. b.

126) de Rep. VI. 487. a. sq.

127) Zwar ist νόμος der Inbegriff der Regeln einer jeden Kunst und Wissenschaft, wie der Medicin u. a., worüber vergl. z. B. Minos p. 316. d. sq. 317. d. sq.; allein in einem vornämlichen Sinne, den allein wir im Auge behalten, wird der νόμος als Rechtsgesetz aufgefaßt; so z. B. Min. 314. d. Gorg. 504. d. Hierauf beruhen auch die Definitionen: δίκαιον, νόμου τάγμα, Defin. 414. e.; ἀδικία, ἕξις ὑπεροπτικὴ νόμων, Defin. 416. a.; δικαιοσύνη, ἕξις ἐν βίῳ, νόμου ὑπήκοος. ἕξις ὑπηρετικὴ ὀρθῶν νόμων, Defin. 411. e.

128) Min. p. 313. a. 315. a. fin. Diogen. Laert. III, 79. nennt es: θεοῦ νόμος.

129) Min. p. 313. a. b.

Allein der Ausprägung in sinnlich wahrnehmbarer Erscheinungsform ermangelt er, daher er nirgends und zu keiner Zeit Gesetz der Menschen oder Staaten ist, sondern höchstens in schwachem und getrübtem Wiederscheine in solchem concreten Gesetze sich abspiegeln kann.

Dagegen das concrete Rechtsgesetz ist ein doppeltes: ein psychisches und ein politisches Gesetz, wovon das Erstere die Norm ist, nach welcher der Mensch das gegenseitige Verhältniß der Grundtheile seiner Seele bei deren organisationsmäßigem Verhalten regelt, den einzelnen Vermögen der ψυχή die Gränze ihrer normalen Kraftentfaltung und organischen Thätigkeit vorschreibt und somit den geordneten Zustand der Seele, die τάξις begründet[130]).

Das politische Gesetz hinwiederum, τὰ νομιζόμενα, τὰ δόγματα καὶ ψηφίσματα, δόγμα πόλεως, δόξα πολιτική, πολιτικὰ συγγράμματα und ähnlich benannt[131]), ist entsprechender Maaßen die Norm, nach welcher die organische Thätigkeit und das berufsmäßige Wirken der drei Stände im normalen Staate sich abgränzt und zu einmüthigem Handeln sich regelt, indem Uebereinstimmung in das Zusammenwirken jener gebracht und alle gegenseitige Störung fern gehalten wird. So erscheint dieses Gesetz als ein alle Bürger des Staates gemeinsam und gleichmäßig umschlingendes Band, welches die Vielheit der Menschen zu letzter organischer Einheit verknüpft und in dem Streite der Leidenschaften und widerstrebenden Interessen als schlichtende Macht eine friedliche Lösung herbeiführt; es erscheint als der mächtigste Hebel, welcher den Menschen von der niedrigen Stufe thierischer Zustände emporhebt, indem es jenen dem Gebote der Vernunft selbst unterordnet[132]); als die Regel endlich, welche die letzten Zwecke des Staates, die wahre Frei-

130) Gorg. p. 504. d.

131) Minos p. 313. b. sq. de Leg. I. 644. d. u. ö.

132) de Rep. II. p. 369. c. de Leg. I. 644. d. e. IV. 712. c. — 715. b. V. 731. d. sq. IX. 874. e. — 875. e. Polit. 310. a. Vergl. Defin. 415. c.: πόλις, οἴκησις πλήθους ἀνθρώπων κοινοῖς δόγμασι χρωμένων· πλήθους ἀνθρώπων ὑπὸ νόμον τὸν αὐτὸν ὄντων (civitas, domicilium multitudinis hominum communibus decretis utentium; multitudo hominum, qui sub eadem sunt lege.)

heit, wie die Einigkeit und Freundschaft der Bürger vermittelt: die wahre Freiheit, weil das Gesetz auch über die Regierenden selbst herrscht, während diese wiederum den Unterthanen gebieten[133]; die Einigkeit und Freundschaft der Bürger, weil in dem normalen Staate alle Interessen die nämlichen, und die Güter, wie die Weiber und Kinder gemeinsam sind[134].

Indem nun das politische Gesetz in der bisher gegebenen Auffassung in eine innere Verbindung mit dem normalen Staate gesetzt wird, gewinnt es in dieser Beziehung jene eigenthümliche Stellung, welche dem normalen Staate selbst zukömmt. Denn gleich wie der Letztere ein nach dem Vorbilde der entsprechenden Idee gezeichnetes Musterbild ist, welches, ohne selbst reine Idee zu sein, der Verwirklichung im practischen Leben fähig ist; so steht auch jener νόμος πόλεως mitten inne zwischen dem Gebiete der Ideen und der empirischen Erscheinungsformen. Einerseits verwandt mit der Idee, als deren Nachbildung, und vermittelt durch die Erkenntniß und Auffindung jener, die τοῦ ὄντος ἐξεύρεσις[135]), ist jener νόμος Product der moralisch politischen Weisheit und Inbegriff der πολιτικὰ βασιλέων τε καὶ ἀνδρῶν ἀγαθῶν συγγράμματα, da nur der moralisch weise Fürst und Bürger, als der der Regierung Kundige (οἱ ἐπιστάμενοι ἄρχειν πόλεων) den νόμος als Idee zu erkennen vermag und dessen Nachbildung schafft und verwirklicht. Andrerseits dagegen ohne Wesengleichheit mit der Idee, ist jener νόμος vielmehr der Verwirklichung im staatlichen Leben fähig, ja in größerer oder geringerer Vollständigkeit bereits realisirt in denjenigen politischen Gesetzen, welche bei allen Völkern gleichmäßig und unwandelbar als die nämlichen gelten. Daher ist jener νόμος in der That nicht die Idee selbst, sondern er ist einerseits lediglich ein nach dem Vorbilde der erkannten Idee geschaffenes Musterbild des politischen Gesetzes, andrerseits aber auch ein schon verwirklichtes Gebot dieses Normalgesetzes; allein

133) de Leg. IV. p. 715. c. sq.

134) de Leg. I. p. 644. a. III. 693. b. sq. V. 739. c. sq. de Rep. V. 462. a. sq.

135) Min. p. 315. a.; τοῦ ὄντος ἐξεύρεσις ist die ἐξεύρεσις des τί ἐστι oder des τὸ ὂν des νόμος.

immerhin ist er eine goldene und heilige Gabe der Vernunft, eine gute und wahre Satzung, ein Gebot des ὀρϑός[136]).

Allein neben diesen Geboten des normalen νόμος finden sich in den Gesetzgebungen der Staaten auch Elemente vor, welche jenem vollständig fremd und heterogen erscheinen. Dies sind vor Allem diejenigen Satzungen, welche, von Unerfahrenen constituirt, an sich schlecht und unwahr, πονηρὰ δόξα, sind; derartige Normen, indem sie der Idee selbst widerstreiten, oder insbesondere nicht den Vortheil der Gesammtheit bezwecken, sind in Wahrheit gar keine νόμοι, sondern lediglich ein ἄνομον, welches einer steten Veränderung unterliegt und aller verbindlichen Kraft entbehrt[137]). Anderntheils gehören hierher aber auch diejenigen legislatorischen Satzungen, welche ein der Sphäre des normalen νόμος völlig fremdartiges Gebiet betreten, indem sie ihrer Herrschaft Geschäfts- und Verkehrsverhältnisse, wie andere Beziehungen des bürgerlichen Lebens unterordnen, die einer steten Umgestaltung und rastlosem Wechsel unterliegen. Denn nicht allein widerstreben derartige Verhältnisse um ihrer schwankenden und unsteten Gestaltung willen der Normirung durch eine einheitliche und gemeinsame, abstracte und unwandelbare legislatorische Sanction; sondern es ist auch in dieser Beziehung jeder νόμος zwecklos, weil im normalen Staate theils ein Jeder die ordnende Regel für jene Verhältnisse selbst auffindet und ohne Gesetz beobachtet, theils solche Regeln aus den zu normirenden Verkehrsverhältnissen ganz von selbst und ohne Weiteres hervorgehen, in dem nicht normalen Staate dagegen jene Satzungen wiederum ohne Nutzen und Erfolg bleiben. Daher sind jene Verhältnisse nicht durch den νόμος zu regeln, der in dieser Beziehung einer steten Umänderung und Erneuerung unterliegen und bei den verschiedenen Nationen ungleichmäßig und verschieden sein muß; vielmehr würde, wenn die Regenten immer frei von Fehlern und Schwächen wären, die Regelung jener Verhältnisse lediglich der ἐπιστήμη, der Wissenschaft des Herrschers anheimzugeben sein. Da dies jedoch wegen der menschlichen

136) Min. p. 314. e. 315. a. e. sq. 317. a—e. (χρηστή, ἀληϑὴς δόξα); de Leg. I. 644. e. (τοῦ λογισμοῦ ἀγωγὴ χρυσῆ καὶ ἱερά).

137) Min. p. 314. e. 315. a. 317. b. c. de Leg. IV. 715. b.

Unvollkommenheit zu Unzuständigkeiten führen würde, so sind diese Verhältnisse wenigstens der ordnenden Macht der ἔϑη, der Sitte und Gewohnheit allein zu überlassen, immerhin aber dem νόμος, der geschriebenen Satzung zu entziehen[138]).

§. 23.

Fortsetzung.

(Plato.)

Gleichwie die δικαιοσύνη das dem Rechtsgesetze, dem νόμος entsprechende Verhalten ist, so bildet das δίκαιον oder δίκαιον καὶ καλόν diejenige Richtung des ἀγαϑόν, welche durch jenen νόμος insbesondere geboten ist. Somit erscheint bei Plato die Auffassung des δίκαιον, wie der δικαιοσύνη streng bedingt durch den Begriff des νόμος, als des Rechtsgesetzes, und in der nämlichen doppelten Modalität, in welcher der Letztere der Wahrnehmung sich darbot: als Idee und als concrete Erscheinungsform, wird auch das δίκαιον, wie die δικαιοσύνη ebensowohl als Idee, als αὐτὸ καϑ' αὑτό, als τί ἐστι[139]), wie als ein Besonderes, dem concreten νόμος Entsprechendes gedacht. Und gleichwie ferner dieser concrete νόμος wiederum ein doppelter war: als psychisches Gesetz des Menschen, wie als politisches Gesetz des Staates, so entspricht auch diesem zwiefältigen Gesetze eine doppelte δικαιοσύνη, wie δίκαιον: die psychologische des einzelnen Menschen, die politische des Staates[140]). In der ersteren Be-

138) de Rep. IV. p. 425—427. a. Polit. 294—301. Der νόμος ist dem Plato die scripta lex, daher solcher auch umschrieben wird durch: λόγῳ τε καὶ γράμμασι νομοϑετηϑέντα; durch γράμματα, γεγραμμένα, ξυγγράμματα; den Gegensatz dazu bilden die ἔϑη, auch πάτρια ἔϑη, παλαιὰ ἔϑη, τὰ πάτρια genannt, welche als ἀγράμματα, ἄγραφα, ἄγραφα νόμιμα characterisirt werden; vergl. Polit. 293. a. c. 295. a. e. 296. c. e. 298. d. 299 a. c. 300. b. 301. a. b. e. de Rep. IV. 425. b. de Leg. VII. 793. a. c. Wenn daher zur Bezeichnung jenes Gegensatzes in de Rep. VIII. p. 563 d. (Vergl. Diogen. Laert. III §. 86.) die Ausdrücke: νόμοι γεγραμμένοι und ἄγραφοι sich vorfinden, so ist ebensowohl νόμος in der Verbindung mit ἄγραφος nach platonischer Auffassung nur im uneigentlichen Sinne gebraucht, wie auch dieser Gegensatz lediglich nach seiner grammaticalischen Bedeutung aufzufassen ist.

139) de Rep. II. p. 358. d. 368. e. 369. a.

140) Vergl. namentl. de Rep. II. p. 368. c.



ziehung ist das δίκαιον die Norm, nach welcher das gegenseitige Verhalten der drei Grundtheile der Seele geordnet und zu harmonischer Uebereinstimmung die organische Thätigkeit und die normale Kraftentfaltung jener Theile geregelt wird, während die δικαιοσύνη das dieser Regel entsprechende Verhalten ist:

δικαιοσύνη, ὁμόνια τῆς ψυχῆς πρὸς αὐτὴν καὶ εὐταξία τῶν τῆς ψυχῆς μερῶν πρὸς ἄλληλά τε καὶ περὶ ἄλληλα (justitia animi in se ipso concordia et in ipsius animi partibus inter se et secum ordinis conservatio); Defin. p. 411 d. τὸ δικαιοσύνην ἐμποιεῖν, τὰ ἐν τῇ ψυχῇ κατὰ φύσιν καθιστάναι, κρατεῖν τε καὶ κρατεῖσθαι ὑπ' ἀλλήλων· τὸ δὲ ἀδικίαν, παρὰ φύσιν ἄρχειν τε καὶ ἄρχεσθαι ἄλλο ὑπ' ἄλλου (justitiam praestare: animi partes secundum naturam in ordinem digerere, ut imperent atque invicem pareant; injustitiam vero, ut contra naturam aliud alii imperet atque pareat); de Rep. IV. p. 444. d. Vergl. de Leg. IX. p. 863. e.—864. c.

Dagegen in Bezug auf den Staat ist das δίκαιον die Norm, nach welcher die berufsmäßige Thätigkeit der drei Stände des normalen Staates zu einmüthigem Zusammenwirken sich regelt, während die δικαιοσύνη das dieser Ordnung entsprechende Verhalten bildet:

πόλις ἔδοξεν εἶναι δικαία, ὅτι ἐν αὐτῇ τριττὰ γένη φύσεων ἐνόντα τὸ αὑτῶν ἕκαστον ἔπραττε (civitas justa esse visa est, cum in ipsa tria hominum genera pro natura cujusque suum opus faciebant); de Rep. IV. p. 435. b. Vergl. p. 433 c. πόλις — — τῷ τὸ ἑαυτοῦ ἕκαστον ἐν αὐτῇ πράττειν, τριῶν ὄντων γενῶν, δικαία (civitas ex eo justa visa est, quod cum tria sint civium genera, suum quisque facit); de Rep. IV. p. 441. d.

Beide Beziehungen des δίκαιον, wie der δικαιοσύνη fallen daher zusammen in dem Begriffe einer richtigen Proportion in der ethischen Wirksamkeit der drei Grundtheile der in Betracht kommenden beiden Organismen:

ἔοικε δὲ καὶ Πλάτων τῇ ἀναλογίᾳ ταύτῃ τοῦ δικαίου χρῆσθαι ἐν τῇ πολιτείᾳ (etiam Plato ejusmodi de justa proportione in libris de Republica uti visus est); Magn. Mor. I, 34, 10.

Erst als weitere Folge ergeben sich im Sinne des Plato aus diesem Grundwesen des δίκαιον und der δικαιοσύνη die abge-

leiteten Merkmale, Norm und entsprechendes Verhalten zu sein, welches innerhalb des angewiesenen Wirkungskreises die Obliegenheiten vollzieht und in die fremde Sphäre nicht übergreift, somit also die Verbindlichkeit erfüllt und von Verletzungen sich fern hält:

τὸ τὰ αὑτοῦ πράττειν καὶ μὴ πολυπραγμονεῖν (sua facere neque alienis rebus se immiscere); de Rep. IV. p. 433. a. vergl. d. e.

τὸ τὰ ἑαυτοῦ ἕκαστον πράττειν und ähnlich; de Rep. IV. p. 433. b. 441. d. 443. d.

ἃ δεῖ πράττειν καὶ λέγειν καὶ πρὸς ϑεοὺς καὶ πρὸς ἀνϑρώπους (quae quem oportet facere atque dicere et erga Deos et erga homines); Alcib. II. p. 150. b.

τὰ προςήκοντα πράττειν (quae decet facere); Gorg. p. 507. a. b.

τὰ δίκαια καὶ ὅσια διανέμειν ὀρϑῶς πᾶσι (justa et pia omnibus recte tribuere); Polit. p. 301. d.

ἕξις διανεμετικὴ τοῦ κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ (justitia habitus suum cuique tribuens); Defin. p. 411. d.

Vergl. auch Cic. de Rep. III, 71. Diogen. Laert. III. §. 91.[141]).

Allein auch gegenüber diesen Begriffsbestimmungen ist immerhin im Auge zu behalten, daß einestheils nur die durch den ὀρϑὸς νόμος gebotene Norm wahres δίκαιον und nur das derselben entsprechende Verhalten δικαιοσύνη ist:

δικαιοσύνη, ἕξις ὑπηρετικὴ ὀρϑῶν νόμων; Defin. p. 41. 1. e., daß dagegen der ἄνομος νόμος ebensowenig, wie Sitte und Gewohnheit jene Begriffe begründet, somit also der gesammte Geschäftsverkehr und die daraus hervorgehenden vermögensrechtlichen Beziehungen dem Gebiete von Recht und Gerechtigkeit wenigstens nicht selbstständig und unmittelbar anheimfallen; sowie daß anderntheils das δίκαιον πολιτικόν in vollkommener Maaße nur im normalen Staate denkbar und möglich ist[142]),

141) Cirkeldefinitionen finden sich: Defin. p. 411. e.: δικαιοσύνη, ἕξις καϑ' ἣν ὁ ἔχων προαιρετικός ἐστι τῶν φαινομένων αὐτῷ δικαίων (justitia: habitus, quem qui consecutus est, eligit facitque libenter ea, quae justa sibi videntur); Defin. p. 414. e.: δίκαιον, νόμου τάγμα ποιητικὸν δικαιοσύνης (justum: legis institutum, justitiam exercens).

142) de Rep. IV. p. 420. b.



in den historisch gebildeten und organisirten Staaten dagegen die Gerechtigkeit nur andeutungsweise herrschen kann.

So führt den Plato der Weg, den er zur Lösung höherer Probleme einschlug, zu dem Resultate, daß er einen Begriff des δίκαιον construirt, der im Wesentlichen aller Realität ermangelt, während andrerseits das Recht, welches in Wirklichkeit ist, nur folgemäßig und nur bedingter Weise mit dem Gebiete der Ethik in Verbindung gesetzt wird. Ein Resultat, welches unter allen Theorieen der antiken Philosophie als das ungenügendste, willkührlichste und fehlerhafteste sich darstellt, und welches Plato selbst nur unvollkommen respectirt, indem er, dem Einflusse der gemeinen Meinung sich hingebend, die Bezeichnung δίκαιον auf Beziehungen und Verhältnisse überträgt, die nach seiner eigenen Theorie diesem Begriffe wesentlich fremd bleiben[143]).

Werfen wir endlich nach Alle dem noch einen Rückblick auf die Stellung des δίκαιον zum ethischen Gesetze im Allgemeinen, so ist das Subject Beider ein zwiefaches: der einzelne Mensch in Hinsicht des Verhaltens der drei Grundtheile seiner ψυχή, der normale Staat in Rücksicht des Verhaltens seiner entsprechenden drei Stände. In Rücksicht hierauf wirkt nun das ethische Gesetz in einer vierfältigen Richtung: zunächst als Norm, nach welcher die organisationsmäßige Thätigkeit jener drei Grundtheile, nämlich des λόγος oder der ἄρχοντες, ferner des θυμός oder der στρατιῶται, sodann der ἐπιθυμία oder aller drei Grundtheile des Staates: der ἄρχοντες, wie der στρατιῶται, wie auch der γεωργοί καί δημιουργοί sich regelt; endlich als Norm, nach welcher diese dreifältige Wirksamkeit der Grundtheile beider Organismen zu harmonischem Einklange sich ordnet, und die insbesondere als νόμος im vornämlichen Sinne bezeichnet wird. Einer jeden dieser vierfachen Richtungen entspricht ebensowohl eine Tugend, nämlich die φρόνησις oder σοφία, die ἀνδρεία, die σωφροσύνη und die δικαιοσύνη[144]); wie auch eine

143) Vergl. z. B. Polit. p. 294. e. 295. e. 296. c. d. 297. a.

144) Bezüglich der πολιτική σωφροσύνη und δικαιοσύνη waltet jedoch in Wahrheit durchaus keine wirkliche Verschiedenheit ob, vielmehr bezeichnen Beide in der That nur Eine Tugend; vergl. namentlich de Rep. p. 431. e. sq. Dasselbe gilt von der δικαιοσύνη und σωφροσύνη des Einzelnen, sobald auch in dieser Beziehung das Wesen der σωφροσύνη darein gesetzt wird,

bestimmte Richtung des ἀγαθόν, welches jedoch nur in der vierten Beziehung eine besondere Bezeichnung als δίκαιον gefunden hat, dagegen in den ersten drei Beziehungen ohne besondere Benennung geblieben ist.

Endlich ist das δίκαιον je nach dem Wesen, auf welches dasselbe sich bezieht, wiederum entweder ein doppeltes, nämlich das ὅσιον, d. i. das δίκαιον gegen die Götter, und das δίκαιον im engern Sinne, d. i. das δίκαιον gegen die Menschen, oder auch ein dreifaches: das ὅσιον, das δίκαιον i. e. S. und das δίκαιον gegen die Verstorbenen, welches muthmaaßlich als ἱερόν bezeichnet ward; vergl. Beilage I. §. 3.

§. 24.

Aristoteles.

Dem Aristoteles, geb. 370 d. St., gest. 432, jenem noch unübertroffenen Prototype des Universalgenies, dürfen wir das Verdienst beimessen, zuerst das Wesen und die Principien des Rechtes in einer für die Theorie fruchtbringenden Weise speculativ behandelt zu haben.[145]. Unter den verschiedenen für die Ausbildung der antiken Rechtstheorie wichtigen Lehren nehmen gegenwärtig nur die Untersuchungen über den Begriff und die Quelle des Rechtes unser Interesse in Anspruch, und gerade diese gewinnen bei Aristoteles einerseits eine größere Tiefe und eine systematischere Gestaltung, andererseits einen den wirklichen Zuständen in höherem Maaße entsprechenden Character, als wir solches in den Erörterungen der früheren Philosophen zu suchen berechtigt sind. Die bezügliche Lehre des Aristoteles lautet dahin:

Das ἀγαθόν, oder ὀρθόν, als der Inbegriff der Vorschriften des ethischen Gesetzes, des νόμος, ist ein μέσον, d. h. die rich-

die Tugend zu sein, welche die Thätigkeit aller drei Grundtheile der Seele im Verhältnisse zu einander regelt und zum Einklange stimmt; eine Begriffsbestimmung, welche sich vorfindet in Defin. p. 411. e.: σωφροσύνη, — — συμφονία ψυχῆς πρὸς τὸ ἄρχειν καὶ ἄρχεσθαι.

145) Es ist hier zu erwägen, daß in Griechenland das Recht nicht die fachwissenschaftliche Behandlung erfuhr, die ihm zu Rom zu Theil wurde, daher dort die doctrinelle Ausbildung des Rechtes fast nur der Philosophie überlassen sein mußte.

tige Mitte zwischen zweien, durch die Triebe des Menschen gegebenen extremen Richtungen in den Bestrebungen, welche als das Zuviel und Zuwenig das Laster bilden. Dieses μέσον ist zugleich ein ἴσον, ein Gleichmäßiges, insofern als es gleichmäßig von beiden Extremen absteht: τὸ μέσον, τὸ ἴσον ἀπέχον ἀφ' ἑκατέρου τῶν ἄκρων, und somit zugleich dasjenige Quantum repräsentirt, in welchem beide Extreme gleich sind, d. i. also das Mittlere[146]). Durch die Vorstellung dieses ἀγαθόν wird nun der Mensch in eine doppelte begehrende Anregung versetzt: dasselbe zu erkennen und zu befolgen. Die Erkenntniß geschieht mittelst des reflectirenden Vermögens der denkenden Seele, des λογιστικόν, des λόγος, und ihr entspricht die intellectuelle Tugend, die ἀρετὴ διανοητική, deren Inbegriff die φρόνησις bildet und zugleich den λόγος zum ὀρθὸς λόγος veredelt. Dagegen der Anforderung zur Befolgung des ἀγαθόν correspondirt die ethische Tugend, die ἀρετὴ ἠθική, auch schlechthin ἀρετή genannt.

Die ethische Tugend setzt stets die φρόνησις und den ὀρθὸς λόγος voraus und beruht auf der Erkenntniß des ἀγαθόν, auf dem freien Wollen des Erkannten und auf dem Thuen des Gewollten; daher ist sie die einheitliche Fertigkeit in dieser auf das ἀγαθόν gerichteten dreifaltigen Thätigkeit, nämlich das der φρόνησις oder dem ὀρθὸς λόγος entsprechende Verhalten: τὸ κατὰ τὸν ὀρθὸν λόγον πράττειν oder ἡ ἕξις κατὰ τὴν φρόνησιν oder κατὰ τὸν ὀρθὸν λόγον[147]). Insofern nun das durch den λόγος erkannte ἀγαθόν ein μέσον ist, ist die ethische Tugend selbst eine μεσότης, ein Mittelmaaß oder eine Fertigkeit, welche die rechte Mitte in den Bestrebungen innehält. Da sonach lediglich die Triebe des Menschen sowohl durch ihre Richtung, als durch ihr Maaß das Wesen und Maaß der Tugend bestimmen, so ist der Maaßstab und Bestimmungsgrund der Letzteren nicht ein objectiver, sondern ein rein subjectiver: die Tugend ist nicht κατ' αὐτὸ τὸ πρᾶγμα, sondern πρὸς ἡμᾶς; oder:

146) Eth. Nic. II, 2. 6. ed. Didot.

147) Eth. Nic. I, 7. 8. 13. II, 1. 2. 4. VI, 1. 2. 3. 6. 7. 13. X, 4—8. de anim. III, 10. Vergl. Biese, die Philosophie des Aristoteles Bd. I. p. 211. Anm. 3., p. 327. Anm. 4., p. 368. Anm. 2.; Bd. II. Abschn. 3. Cap. 2. Abth. 1., sowie p. 363 sq. Strümpell, l. c. §. 138. 139.

das Medium selbst, worauf das Wesen der Tugend beruht, liegt nicht in dem Objecte, welches das Ziel unserer Bestrebungen bildet, sondern in der Gesammtheit der ihrer Gattung nach wesentlich gleichartigen Bestrebungen selbst: das μέσον ist ein ἴσον, ὃ μήτε πλεονάζει, μήτε ἐλλείπει. Weil nun theils die äußere Richtung der Triebe, das Object und Ziel derselben eine mehrfältige, theils das innere Maaß derselben, der größere oder geringere Grad ihrer Stärke auf Seiten der Extreme selbst bei jedem Einzelnen wieder eine andere ist, so ist die Tugend οὐχ ἕν, οὐδὲ ταὐτὸν πᾶσι, d. h. sie ist theils qualitativ, theils quantitativ verschieden [148]). Auf der qualitativen Verschiedenheit der Tugenden beruht deren Mehrfältigkeit: sie sind in dieser Beziehung verschieden je nach den mehrfältigen Richtungen des menschlichen Willens, und gestalten sich dem entsprechend in mannichfacher Weise z. B. als ἀνδρεία zum Medium zwischen Verzagtheit und Tollkühnheit, als ἐλευθεριότης zum richtigen Maaße bei Benutzung des Geldes, u. a. m. [149]). Daher sagt Aristoteles bezüglich des ethischen Gesetzes in Eth. Nic. V, 2, 10.: καθ' ἑκάστην ἀρετὴν προστάττει ζῆν καὶ καθ' ἑκάστην μοχθηρίαν κωλύει ὁ νόμος (unicuique virtuti convenienter vivere jubet et unumquodque vitium suscipere vetat lex).

Auf der quantitativen Verschiedenheit der Tugenden, d. h. auf der Voraussetzung, daß je nach der besonderen Gestaltung der Neigungen und je nach der Verschiedenheit der Triebkraft ihrer Extreme der Mittelpunkt zwischen diesen selbst nicht eine feste Stelle hat, sondern je bei den verschiedenen Individuen auf einen anderen Punkt fällt; auf dieser Voraussetzung, sagen wir, beruht es, daß das μέσον und insofern die Tugend selbst nicht absolut und objectiv bestimmter ist, wie eine mittlere Proportionalzahl, sondern lediglich relativ und je nach der Subjectivität des Einzelnen [150]).

Eine besondere Beziehung des ἀγαθόν bildet nun das δίκαιον oder καλὸν καὶ δίκαιον, dem als Tugend die δικαιοσύνη

148) Eth. Nic. II, 6, 4. 5.

149) Eth. Nic. III, 2 sq. Rhet. I, 9, 5.

150) Eth. Nic. II, 6, 5 sq.

entspricht, indem diese als die dem δίκαιον entsprechende Fertigkeit sich darstellt:

ἡ τοιαύτη ἕξις, ἀφ' ἧς πρακτικοὶ τῶν δικαίων εἰσὶ καὶ ἀφ' ἧς δικαιοπραγοῦσι καὶ βούλονται τὰ δίκαια (is habitus, quo qui agunt justi sunt et quo justa faciunt voluntque); Eth. Nic. V, 1, 3.

Beide Ausdrücke, δίκαιον, wie δικαιοσύνη, haben jedoch eine doppelte Bedeutung, eine engere und eine weitere: dort vertreten dieselben eine eigene und selbstständige Beziehung des ἀγαθόν und der Tugend, hier umfassen sie eine jede durch den νόμος gegebene Vorschrift. Da nun der νόμος überhaupt alle Tugenden betrifft, so erscheint die δικαιοσύνη in dieser Extension als Inbegriff aller dieser, während das δίκαιον gleiche Sphäre gewinnt, wie das gesammte νόμιμον, das ἀγαθόν, und zu gleicher Tendenz mit dem νόμος selbst sich erhebt. Allein dieser weitere Begriff wird von Aristoteles nicht fest gehalten, vielmehr dem engeren Begriffe als dem allein maaßgebenden nachgestellt [151]).

Indem wir daher den engeren und eigentlichen, dem Aristoteles eigenen Begriff des δίκαιον festhalten, so können wir dessen Wesen auf drei verschiedene Merkmale zurückführen: auf das νόμιμον oder μέσον oder ἴσον; sodann auf das μέσον τοῦ πράγματος oder ἴσον κατ' αὐτὸ τὸ πρᾶγμα oder das Gesetztsein durch einen νόμος διανεμητικός; endlich auf das πολιτικόν und συμφέρον.

Zunächst ist das Recht ein νόμιμον und damit zugleich ein μέσον, wie ἴσον. Denn das Recht beruht auf dem ethischen Gesetze, auf dem νόμος: κατὰ νόμον ἐστίν (Eth. Nic. V, 6, 9.), daher es ein νόμιμον ist; und da das Recht als das Gebot von jenem ein Theil des ἀγαθόν oder ὀρθόν ist; da ferner das Gesetz um dieses seines Inhaltes willen selbst zum μέσον und ἴσον wird [152]), so kommt dieses doppelte Attribut [153]) auch dem

151) Eth. Nic. V, 1. 2. Magn. Mor. I, 34, 1—4. Um des weiteren Umfanges jenes Begriffes willen wird daher solches δίκαιον als τὸ πλέον bezeichnet.

152) Polit. III, 7, 13. 11, 3. 6.

153) Eth. Nic. II, 6, 4. 5. V, 1, 1. 2, 9. 10. 3, 1—4. 4, 5. 8 sq. Polit. III, 7, 1. Magn. Mor. I, 34, 4—8. Vergl. Plato de Rep. II.

δίκαιον ebensowohl als einem Theile des ἀγαθόν, wie als einem Gebote des νόμος zu. Der Letztere selbst aber beruht theils unmittelbar auf höherer, über menschlicher Einrichtung erhabener Anordnung, theils prägt er sich aus und offenbart sich als staatliches Gesetz, sei es durch ein legislatorisches scriptum, νόμος i. e. S., sei es durch Sitte und Gewohnheit und gemeine Meinung, ἔθος u. dergl.[154]).

Sodann ist das Recht ein μέσον τοῦ πράγματος oder ἴσον κατ' αὐτὸ τὸ πρᾶγμα oder durch einen νόμος διανεμητικός gesetzt. Denn indem es ein wesentliches Attribut des Rechtes ist, daß in und mit demselben ein Jeder das Seine erhält: τὸ τὰ αὐτῶν ἔχειν[155]) und dem entsprechend auch die Gerechtigkeit sich darstellt als die Tugend, der gemäß Jeder das Seine nach Maaßgabe des νόμος erhält, als ἀρετὴ δι' ἣν τὰ αὐτῶν ἕκαστοι ἔχουσι καὶ ὡς ὁ νόμος (Rhet. I, 9, 7.), so gewinnt hiermit der νόμος, auf dem das Recht selbst beruht, den Character einer zuertheilenden Norm[156]) und die δικαιοσύνη wird hiermit zur

προαίρεσις τοῦ ἴσου διανεμητική (animus paria distribuens)[157]).

Diese Zutheilung, deren Object das Recht bildet, ist jedoch selbst wiederum eine verschiedene: entweder nämlich freie Vertheilung der einer Werthschätzung unterliegenden Güter, oder aber Rückerstattung der aus Verkehrsverhältnissen entstandenen Differenzen

---

p. 359. a. b. Steph. Ebenso auch Theophrastus de Fortuna bei Stob. Ecl. I. p. 304. Heer.: δίκαιόν τε, οὔτε τὸν τὸ πλεῖον ἑαυτῷ νέμοντα, οὔτε τὸν τὸ ἔλαττον, ἀλλὰ τὸν τὸ ἴσον; vergl. auch Stob. l. c. p. 298—322.

154) Vergl. die Definitionen vom νόμος in Eth. Nic. X, 9, 12: λόγος ἀπό τινος φρονήσεως καὶ νοῦ (ratio a prudentia et ratione profecta), wozu vergl. Eth. Nic. V, 6, 5.; in Polit. III, 11, 4.: ἄνευ ὀρέξεως νοῦς (ratio sine appetitu); in Rhet. ad. Alex. I, 5, 2. 7.: ὁμολόγημα πόλεως κοινὸν, διὰ γραμμάτων προστάττον πῶς χρὴ πράττειν ἕκαστα (communnis civitatis consensus scriptis praecipiens, quomodo unumquodque agendum sit), wozu vergl. Epist. II. ad Alex. §. 4.

155) Eth. Nic. V, 4, 14.

156) Vergl. Pseudoplut. de vita et poes. Hom. c. 175.: ὁ νόμος λέγεσθαι ἔοικεν ἀπὸ τοῦ νέμειν τὰ ἴσα πᾶσιν.

157) Top. VI, 7, 1. Aristoteles giebt hier die Definition δύναμις τοῦ ἴσου διανεμητική, tadelt aber dieselbe, bemerkend, daß nicht das δύναμαι entscheide, sondern das προαιρεῖν.

im Besitze solcher Güter. Daher ist auch das Recht in entsprechender Weise ein doppelt verschiedenes, und wird in der ersteren Beziehung zu einem δίκαιον διανεμητικόν, welches das Verhältniß bei jener Vergabung von Ehrenstellen, wie von Geld und anderen unter die Bürger zur Theilung zu bringenden Objecten regelt, während es in der letzteren Beziehung als δίκαιον διορθωτικόν oder ἐπανορθωτικόν aufgefaßt wird, insofern durch dieses die aus Rechtsverhältnissen hervorgegangenen Ungleichheiten beseitigt werden, sei es daß diese aus Rechtsgeschäften, ἑκούσια συναλλάγματα, oder wider den Willen der Betheiligten, ἀκούσια συναλλάγματα entstanden sind[158]. In beider Beziehung ist das Recht ebensowohl οἷς, wie ἐν οἷς, d. h. es steht in einer Relation theils zu den Personen, auf die es sich bezieht, theils zu den Objecten, in denen es zuertheilt wird, die Letzteren aber sind stets ein μέσον oder ἴσον, und indem solches zu seiner Feststellung einer mathematischen Proportion bedarf, so tritt hiermit auch das Recht in eine wesentliche Beziehung zu solcher Proportion und wird hierdurch selbst zum ἀναλογόν.

Diese Proportion gestaltet sich nun verschieden je nach der doppelten Modalität der Zutheilung von Gütern. Bei dem δίκαιον διανεμητικόν nämlich wird sie als geometrische bezeichnet, insofern zwei Quanta von Gütern in das nämliche Verhältniß zu einander gestellt werden, in welchem die zwei Personen stehen, auf welche diese Quanta sich beziehen. Indem daher die Würdigkeit der Person, die ἀξία, als Maaßstab einer Werthschätzung der beiden Empfänger der Güter angenommen wird, so wird nach der hieraus sich ergebenden Proportion das zu vergebende Gut selbst bemessen und an die Percipienten vertheilt, und indem das durch solche Proportion sich ergebende Quantum auf einem richtigen Maaße beruht, ist es zugleich ein μέσον zwischen dem Zuviel und Zuwenig und somit ein δίκαιον. Bei dem δίκαιον

158) Συνάλλαγμα steht hier nicht in der Bedeutung von contractus (im allgemeineren Sinne von pactio), welche Aristo in l. 7. §. 2. D. de pact. 2, 14. und Labeo in l. 19. D. de V. S. 50, 17. annehmen, vielmehr hat es die Bedeutung von Rechtsverhältniß. Ihrem Eintheilungsgrunde nach entspricht jene Eintheilung des Aristoteles der bei Gaj. III, 88. insofern dieser die obligationes in diejenigen quae ex contractu und quae ex maleficio nascuntur zerlegt.

διορθωτικόν dagegen wird diese Proportion als arithmetische bezeichnet, insofern hier nicht das Verhältniß der Personen selbst je nach deren Würdigkeit in Ansatz gebracht wird, — indem vielmehr dieser Moment hierbei als ganz unbeachtlich erscheint, da alle Personen gleichviel gelten, — sondern lediglich das Quantum der Güter die Proportion bedingt, nämlich das ἀγαθόν einestheils, als der Inbegriff des vorhandenen Vortheiles oder des abgehenden Nachtheiles, sowie das κακὸν anderntheiles, als die Summe des obliegenden Nachtheiles oder des mangelnden Vortheiles. Insofern nun zwischen zwei Personen in Folge eines Geschäftes oder einer delictischen Handlung das Verhältniß sich herausstellt, daß die eine zu Viel des ἀγαθόν und zu Wenig des κακόν hat, somit also einen Gewinn, κέρδος, macht, während der anderen Personen jenes Mehr des ἀγαθόν abgeht, und das Mehr des κακόν zukommt, und somit ein Verlust, ζημία, zur Last fällt, so ist nun auf beiden Seiten das μέσον zwischen dem Ueberschuß an ἀγαθόν und κακόν zu suchen und somit das Gesammt-μέσον zwischen κέρδος und ζημία als das δίκαιον festzustellen. Dieses μέσον oder ἴσον stellt sich bei den συναλλάγματα ἀκούσια insbesondere als Wiederherstellung des früheren Quantum an ἀγαθόν und κακόν dar, während es bei den συναλλάγματα ἑκούσια zur Wiedervergeltung des Geleisteten durch eine mit Hülfe des Geldes vermittelte ausgleichende Gegenleistung sich gestaltet, so daß hierbei das ἀντιπεπονθὸς ἄλλῳ der Pythagoräer allerdings concurrirt, nur freilich nicht als Wiedervergeltung mit qualitativ Gleichem, sondern nur mit Entsprechendem (κατ' ἀναλογίαν, καὶ μὴ κατ' ἰσότητα). So wird das Recht zur Norm für den Staat, nach welcher dieser die Vertheilung von Gütern und Ehren bewerkstelligt; zur Norm für den Richter, nach welcher dieser die Rechtsungleichheiten beseitigt; zur Norm für den Bürger, nach welcher dieser seine Handlungsweise regelt und zur gerechten, zur δικαιοπραγία gestaltet[159].

159) Eth. Nic. V, 3—5. Magn. Mor. I, 34, 9—13. Gleichwie Archytas den Fürsten ὁ νόμος ὁ ἔμψυχος, so nennt auch Aristoteles in schöner und poetischer Auffassung den Richter τὸ δίκαιον τὸ ἔμψυχον. Aehnlich ist, wenn Marcian lib. 1. Instit. (l. 8. D. de J. et J. 1, 1.) das jus honorarium als viva vox juris civilis bezeichnet.

Nach Alle dem vertritt nun das μέσον oder ἴσον des δίκαιον nicht, wie bei allen übrigen Beziehungen des ἀγαθόν, das Mittelmaaß zwischen den Trieben des Menschen, es ist nicht das Mittel, welches gegeben wird durch die nach den entgegengesetzten Richtungen antreibende Bewegkraft der extremen Triebe; sondern es ist ein mittleres Quantum zwischen zwei verschiedenen dinglichen Größen. Daher ist hier das μέσον oder ἴσον nicht, wie dort, ein subjectives und psychisches, sondern es ist objectiv und dinglich: es ist nicht μέσον oder ἴσον πρὸς ἡμᾶς, sondern μέσον τοῦ πράγματος oder ἴσον κατ' αὐτὸ τὸ πρᾶγμα, und in gleicher Weise ist die δικαιοσύνη zwar wie alle Tugenden μεσότης, allein lediglich zwischen dem zu Viel und zu Wenig an Gütern, nicht aber zwischen zwei ihr entgegenstehenden extremen Fehlern, indem ihr vielmehr nur ein Fehler als Extrem entgegensteht, die ἀδικία:

ἡ δὲ δικαιοσύνη μεσότης ἐστὶν οὐ τὸν αὐτὸν τρόπον ταῖς πρότερον ἀρεταῖς, ἀλλ' ὅτι μέσον ἐστίν· ἡ δ' ἀδικία τῶν ἄκρων (justitia medietas est non quomodo virtutes supra dictae, sed quia medii est; injustitia autem extremorum); Eth. Nic. V, 5, 17.

Hierdurch wird aber der characteristische Unterschied zwischen dem δίκαιον und allem übrigen ἀγαθόν begründet, daß während das Letztere rein subjectiver Beschaffenheit ist: οὐχ' ἓν οὐδὲ ταὐτὸν πᾶσιν, das Recht einen rein objectiven Maaßstab und Character gewinnt und damit ein ἓν καὶ ταὐτὸν πᾶσιν wird[160].

Nach dem bisher Erörterten gewinnen wir sonach als den eigenthümlichen aristotelischen Rechtsbegriff die Bestimmung, daß das δίκαιον das μέσον oder ἴσον, d. i. das mittlere Quantum der in concreto gegebenen Dinge ist, welches durch den νόμος den Betheiligten gewährt wird. Von diesem Begriffe abwärts tritt indeß im Verlaufe der Erörterung im Merkmale des ἴσον insbesondere die anderweite Bedeutung hervor, daß dasselbe nicht mehr das dritte Quantum zwischen zwei anderen, sondern die Gleichheit zweier Quanta selbst bezeichnet, so daß hierdurch der Begriff des Rechtes in der Weise sich verändert, daß nunmehr das δίκαιον zu dem gleichen Quantum der zu gewährenden

160) Eth. Nic. II, 6, 4. 5.

Dinge wird. Dieses Merkmal tritt bei den späteren Referenten des aristotelischen Rechtsbegriffes allein zu Tage[161]), und findet sich auch bei Aristoteles selbst bereits ausgeprägt, so namentlich in Folge des Einflusses des pythagoräischen Rechtsbegriffes in Eth. Nic. V, 5, 8—16., sowie auch in V, 3, 5. bezüglich des δίκαιον διορθωτικὸν[162]). Eine noch weitere Modification erleidet endlich die Beziehung des Merkmales des ἴσον zum Rechte dadurch, daß das Letztere aufgefaßt wird als ein dem Maaße nach völlig unbestimmtes Quantum, welches in gleicher Weise Allen durch den νόμος gewährt wird, eine Auffassung, die sich z. B. kund giebt in Polit. III, 7, 13., wo

161) So bei Cicero (s. Beilage I. §. 6. 7.), Quintil. J. O. VII, 4, 5. 6. (s. §. 47. not. 351); ob Pseudoplut. de vit. et poes. Hom. c. 175. (not. 156.) unter ἴσον das Mittlere oder das Gleiche verstand, muß indeß unentschieden bleiben.

162) Diese letztere Stelle lautet: ἔστι δὲ τὸ ἴσον ἐν ἐλαχίστοις δύσιν· ἀνάγκη τοίνυν τὸ δίκαιον μέσον τε καὶ ἴσον εἶναι [καὶ πρός τι] καὶ τισίν· καὶ ᾗ μὲν μέσον, τινῶν (ταῦτα δ' ἐστὶ πλεῖον καὶ ἔλαττον), ᾗ δ' ἴσον ἐστί, δυοῖν, ᾗ δε δίκαιον, τισίν. In dieser Stelle behandelt Aristoteles das οἷς und ἐν οἷς des Rechtes, d. h. die allgemeine Beziehung zu den Personen, wie zu den Objecten und Quanta, in welcher das Recht steht. Dies ist die Kategorie des πρός τι, die, obgleich in einer anderen Richtung der Anschauung, in Rhet. I, 13. wiederkehrt, wo Aristoteles die besondere Beziehung des Rechtes zu den Personen je nach der Zahl derjenigen, welche es schützt, in's Auge faßt, vergl. unten bei not. 164. Dagegen ist von jener Kategorie verschieden das πρός τι, welches in Eth. Nic. II, 6. nach dem doppelten Gebiete des πρὸς ἡμᾶς und πρὸς τὸ πρᾶγμα erörtert wurde; vergl. oben den Text nach not. 159. Denn dies betrifft das wirkliche Relative, d. h. die Relation zu den Extremen, in der das Wesen des ἀγαθόν, wie δίκαιον besteht; vergl. Strümpell l. c. §. 121. β. — In obiger Stelle nun sagt Aristoteles: das Recht ist μέσον, wie ἴσον, und kommt in Betracht ebensowohl in Bezug auf das ἐν οἷς, (wo es wenigstens zwei Dinge erfordert: ἔστι ἐν ἐλαχίστοις δύσιν), wie in Bezug auf das οἷς (εἶναι καὶ τισίν). Was nun das ἐν οἷς betrifft, so ist es in dieser Beziehung ein μέσον (oder ἴσον i. d. S.) τινῶν, d. h. ein Mittleres zwischen Einigen (welche das πλεῖον und ἔλαττον sind); was das οἷς betrifft, so ist es in dieser Beziehung ebensowohl ein ἴσον (in dem oben in Frage befangenen Sinne) δυοῖν (d. h. es kommt zweien Personen als gleiches Quantum zu, nämlich als δίκαιον διορθωτικόν), wie auch ein δίκαιον τισίν (d. h. es kommt als δίκαιον im Allgemeinen, als Mittleres überhaupt, als μέσον oder ἴσον i. d. S. einigen Personen zu).

das Gebot des νόμος als ἴσως ὀρθόν aufgefaßt wird, so daß hier das Merkmal der Gleichheit von dem Quantum, welches als δίκαιον gewährt wird, auf die Modalität übergetragen ist, in welcher das δίκαιον gewährt wird. Von diesen dem Aristoteles selbst schon angehörigen Modificationen des ursprünglichen Begriffes des ἴσον abwärts erlitt sodann dasselbe in der Theorie der Späteren weitere Veränderungen seiner Beziehung zum Rechte, die in Beilage I. §. 6. näher dargelegt werden, hier aber als dem Aristoteles fremd zu übergehen sind. Wohl aber finden wir bei diesem eine noch andere Beziehung des Merkmales des ἴσον, insofern Aristoteles dies Letztere nicht bloß bezüglich des ἐν οἷς des Rechtes, sondern auch bezüglich des οἷς festhält und somit auch auf das Subject des Rechtes überträgt, so daß hiernach das δίκαιον als das Quantum sich darstellt, welches den Gleichen gewährt wird, worüber das Weitere in §. 26.

Endlich das letzte wesentliche Merkmal des δίκαιον, das πολιτικόν und συμφέρον, wird durch dessen Zweck gegeben: denn auf dem Rechte beruht das Wesen des Staates, sowohl in seiner Totalität, als in seinen Grundbestandtheilen, den Familiengemeinschaften, den οἰκίαι, indem das δίκαιον als Mittel zur Verwirklichung der letzten Zwecke des Staates: der Glückseligkeit der Bürger erforderlich ist und dient, und so als wahres Gemeingut die Wohlfahrt der Gesammtheit fördert[163]), sei es nun, daß es sich als jus publium unmittelbar auf die Gesammtheit, πρὸς τὸ κοινόν, bezieht, oder als jus privatum zunächst nur die Interessen des Einzelnen, πρὸς ἕνα, im Auge hat[164]). So ist das Recht ebensowohl ein πολιτικόν oder ἀγαθὸν πολιτικόν, wie συμφέρον τι κοινῇ und ἀληθές τι καὶ συμφέρον[165]). Wo daher dieses Merkmal fehlt, kann niemals wahres δίκαιον, sondern nur ein Scheinrecht vorhanden sein; vergl. §. 26. fin.

---

163) Polit. I, 1, 11. III, 7, 1. 13. Eth. Nic. X, 9.

164) Rhet. I, 13, 1. 3. sq.

165) Eth. Nic. V, 6, 4. 9. Polit. I, 1, 12. III, 7, 1. Magn. Mor. I. 34, 15. Rhet. I, 6, 17. 15, 7. Eth. Nic. VIII, 9, 4. Vergl. V, 5, 8. sq.

§. 25.

Fortsetzung.

(Aristoteles.)

Das Recht in der bisher von Aristoteles gegebenen Beschreibung ist das ἁπλῶς δίκαιον, d. h. das Recht schlechthin in der begreiflichen Allgemeinheit seines Wesens und als Inbegriff der Principien aller seiner besonderen Erscheinungsformen [166]). Diesem steht gegenüber das besondere Recht, das positive oder πολιτικὸν δίκαιον, in welchem das Recht einen concreten Inhalt und seine besondere Bestimmung erhält, ohne daß es jedoch dabei aufhörte, seine allgemeine und wesentliche Bestimmung durch das ἁπλῶς δίκαιον zu empfangen. Indem nun Aristoteles auf dieses πολιτικὸν δίκαιον, ebenso wie auf den νόμος πόλεως das Merkmal des ἴσον auch rücksichtlich der Rechtssubjecte überträgt, und somit Gesetz und Recht lediglich als Norm und Gabe für Gleiche auffaßt, so erfordert er nun für die Rechtsfähigkeit ebensowohl Freiheit der Personen, wie auch eine besondere politische Gleichheit der Staatsangehörigen, welche je nach der Form der Staatsverfassung entweder auf einer absoluten Gleichstellung nach der Kopfzahl (κατ᾽ ἀριθμόν), oder auf einer durch bestimmte Voraussetzungen modificirten Gleichstellung (κατ᾽ ἀναλογίαν) der Bürger beruht [167]). Daher bleiben von der thätigen, wie leidenden Theilnahme am Gesetze und Rechte ausgeschlossen einerseits die Götter, andrerseits die Sclaven, wie die Hauskinder, und die einer τύραννις Unterworfenen [168]), denen consequenter Weise auch die Peregrinen beizufügen sind; vielmehr giebt es allen diesen gegenüber, wie auch (mit Ausnahme der Peregrinen) zwischen ihnen kein wahres Recht, sondern nur

---

166) Eth. Nic. V, 6. 4. Ueber ἁπλῶς vergl. Biese l. c. I. p. 50 Anm. 4. p. 129. Anm. 4. p. 230. Anm. 1. p. 234. Anm. 2.

167) Eth. Nic. V, 6, 4. Polit. III, 8, 2.

168) Eth. Nic. V, 6, 5. 7. VIII, 11, 6. 8. cll. 12, 8. Bezüglich der Sclaven und Haussöhne führt Aristoteles noch den Grund an, daß dieselben ein Theil ihrer Gewalthaber sind, Niemand aber zu sich selbst im Verhältnisse des Rechts oder Unrechts stehen könne. Diesem Argumente kann nur eine adminiculirende Bedeutung zukommen. Ebenso giebt Aristoteles auch bezüglich der Götter in Eth. Nic. V, 9, 17. einen besonderen Grund an.



ein dem Rechte ähnliches Verhältniß[169]), wenn gleich ein vermittelndes Band in der φιλία.

Als die einzigen Verhältnisse nun, welche jenem doppelten Requisite der Gleichheit entsprechen, erkennt Aristoteles die Stellung der Mitbürger und Eheleute an, dem entsprechend derselbe in dem positiven Rechte noch ein besonderes πολιτικὸν und οἰκονομικὸν δίκαιον scheidet. Das Letztere ist es, welches maaßgebend ist in der Stellung zwischen Mann und Weib[170]), während das Erstere statt hat zwischen den Mitbürgern, d. h. zwischen denen, welche in politischer Gemeinschaft, wie in einer durch den νόμος geordneten Gleichheit des Befehlens und Gehorchens stehen[171]).

Das πολιτικὸν δίκαιον wird nun von Aristoteles zerlegt:

1) Nach der materiellen Beschaffenheit seiner letzten Quelle: in das νομικόν, d. i. das durch legislatives Ermessen gesetzte, und das φυσικόν, d. i. das auf einem Gebote der φύσις beruhende Recht;

2) nach der formalen Beschaffenheit seiner letzten Quelle: in das γεγραμμένον, d. i. der Inbegriff der durch gesetzgeberisch schriftlichen Act erst in's Dasein gerufenen Satzungen, und in das ἄγραφον, d. i. dasjenige Recht, welches unabhhängig von legislativer Niederschrift existirt;

3) nach dem durch die nationale Gültigkeit des Rechtes gebotenen Gesichtspunkte in das ἴδιον und das κοινόν, jenes das nationale, dieses das ethnisch-universelle Recht.

Alle drei Eintheilungen sind wesentlich verschieden in Bezug auf ihren Eintheilungsgrund, wie auf die Merkmale ihrer Eintheilungsglieder; allein indem Aristoteles die Sphären der letz-

---

169) Eth. Nic. V, 6, 4. 5. 8. 9. 11, 9. VIII, 11, 7. Polit. I, 2, 21. Magn. Mor. I, 34, 15—17. Die Rechtsgemeinschaft wird in Eth. Nic. V, 6, 4. zurückgeführt auf die Gemeinschaft des νόμος und diese wiederum in einem Kreisgange von der Möglichkeit der ἀδικία zwischen den Betreffenden abhängig gemacht.

170) Eth, Nic. V, 6, 9. Magn. Mor. I, 34, 18.

171) Eth. Nic. V, 6, 4. 5. 9. Polit. III, 7, 2—13. 11, 3, 4. Magn. Mor. I, 34, 15. 19. Das Oberhaupt des Staates wird hierbei, mit Ausnahme des τύραννος, als Wächter der Gleichheit, des Rechtes und Gesetzes aufgefaßt.

teren für congruent erklärt, so werden dieselben auch als identisch behandelt, insofern ebensowohl die Merkmale des Gliedes der einen Division beliebig auf das entsprechende Glied der anderen Eintheilung übertragen, wie auch die Gegensätze der einzelnen Glieder aus verschiedenen Eintheilungen hergenommen werden.

Zunächst die erste Eintheilung betreffend, so herrscht diese der Ausdrucksweise nach vor in Eth. Nic. V, 7., wie Magn. Mor. I, 34, 19—21. Aristoteles definirt hiernach das φυσικὸν δίκαιον als dasjenige Recht, welches unabhängig von der Willführlichkeit des Urtheiles allenthalben gleiche Gültigkeit besitzt:

τὸ πανταχοῦ τὴν αὐτὴν ἔχον δύναμιν, καὶ οὐ τῷ δοκεῖν ἢ μή (quod ubique gentium eandem vim obtinet, nec id propterea quod libeat vel non),[172]

obwohl auch bezüglich dieses Rechtselementes eine Verschiedenheit in einzelnen Nebenpunkten nicht schlechthin in Abrede gestellt wird.

Dagegen das νομικὸν δίκαιον, auch ἀνθρώπινον genannt, ist dasjenige Gebot, welches durch Utilitätsrücksichten in's Leben gerufen ist und lediglich auf positiver Satzung beruht:

ὃ ἐξ ἀρχῆς μὲν οὐθὲν διαφέρει οὕτως ἢ ἄλλως, ὅταν δὲ θῶνται, διαφέρει (quod ab initio hoc an illo modo fiat nihil refert, sed tunc denum, quum constitutum fuerit, refert).[173]

Hiermit scheint verwandt der Gegensatz, den Theophrastus bei Stol. Serm. III, 50. Gaisf. aufstellt, der νόμοι nämlich τῆς φύσεως und τῆς πόλεως.

---

172) Vergl. Andronicus Rhod. Paraphr. in Arist. Eth. Nic. V, 10. p. 182. ed. princ. (s. unten Note 178.). Zugleichen Michael Ephes. in eund. loc.

173) Vergl. Eth. Nic. V, 5, 11: τὸ νόμισμα —— οὐ φύσει, ἀλλὰ νόμῳ ἐστὶ, καὶ ἐφ' ἡμῖν μεταβαλεῖν καὶ ποιῆσαι ἄχρηστον (numus non natura, sed lege valet, estque penes nos eum mutare inutileque reddere). Andron. Rhod. Paraphr. in Arist. Eth. Nic. V, 10. p. 182. ed. princ.: νομικὸν δίκαιόν ἐστιν ὅπερ πρὶν νομοθετηθῆναι ἀδιάφορον ἦν καὶ οὔτε δίκαιον, οὔτε ἄδικον ἐδόκει, μετὰ δὲ τὸ νομισθῆναι δίκαιόν ἐστι (νομικὸν δίκαιον est quod antequam leges latae sunt, indifferens fuit et neque justum neque injustum visum est, sed cum constitutum est, tum factum est jus).

Die dritte Eintheilung herrscht vor in den Rhet. 1, 10, 3. 13, 1. 2. 15, 6. und wird zwar zunächst nur an den νόμος angeknüpft, allein wie der weitere Gang der betreffenden Erörterung des Aristoteles lehrt, gleichmäßig auch auf das δίκαιον insbesondere bezogen. Hiernach zerfällt daher das Letztere, ebenso wie der νόμος in das κοινόν und das ἴδιον, von denen jenes characterisirt wird als Gebot der Natur und nach der Natur, als ein κατὰ φύσιν und φύσει δίκαιον, welches in Folge selbstgegebener und uranfänglicher Uebereinstimmung bei allen Völkern sich offenbart, selbst ohne daß eine Gemeinschaft zwischen denselben obwaltete oder eine Vereinbarung darüber stattgefunden hätte;

λέγω δὲ, sagt Aristoteles, νόμον τὸν — κοινὸν — τὸν κατὰ φύσιν· ἔστι γὰρ, ὃ μαντεύονταί τι πάντες, φύσει κοινὸν δίκαιον καὶ ἄδικον, κἂν μηδεμία κοινωνία πρὸς ἀλλήλους ᾖ μηδὲ συνθήκη (dico autem νόμον κοινόν, qui naturalis est; est enim natura commune justum et injustum, quod omnes vaticinantur, etiamsi nulla de eo inter illos communicatio aut pactio intercesserit), Rhetor. 1, 13, 2.; sowie

λέγω δὲ — κοινὸν, — ὅσα — παρὰ πᾶσιν ὁμολογεῖσθαι δοκεῖ (dico autem κοινόν sc. νόμον, quaecunque probari omnium consensu videntur), Rhet. 1, 10, 3.

Das ἴδιον dagegen definirt Aristoteles als das Recht, welches lediglich der einzelne Staat sich setzt:

λέγω δὲ νόμον τὸν — ἴδιον — τὸν ἑκάστοις ὡρισμένον πρὸς αὑτούς (dico autem νόμον ἴδιον eum, quem sibi quique statuerunt), Rhet. 1, 13, 2.;

λέγω δὲ ἴδιον, καθ' ὃν — πολιτεύονται (dico autem ἴδιον sc. νόμον, secundum quem in unaquaque republica versantur), Rhet. 1, 10, 3.

Die zweite jener Eintheilungen findet sich sowohl in Bezug auf den νόμος, wie auf das δίκαιον, z. B. Rhet. 1, 14, 7. ausgesprochen. Sie wird insbesondere in Rhet. 1, 10, 3. in eine innere Verbindung mit der Eintheilung in das κοινόν und ἴδιον gesetzt, indem jenes mit dem ἄγραφον, dieses mit dem γεγραμμένον identificirt wird, und dem entsprechend wird auch in Rhet. 1, 15, 6. 25. der κοινὸς νόμος, sowie in Rhet. ad Alex. 1, 4. der ἄγραφος καὶ κοινὸς νόμος in den unmittelbaren Ge-

gensatz zum γεγραμμένος gestellt. Das Letztere erscheint hierbei als dasjenige Recht, welches erst im Momente seiner Constituirung durch legislative Satzung in's Leben tritt und zum Dasein gelangt, während das ἄγραφον dasjenige Recht ist, welches unabhängig von legislatorischer Niederschrift existirt und bereits vor dieser seiner etwaigen Constituirung als positives Recht von Vorn herein gegeben war, daher dieses ἄγραφον zugleich ein πρῶτον δίκαιον ist [174].

So nun erscheinen nach Aristoteles das νομικόν, das γεγραμμένον, das ἴδιον und das ἀνθρώπινον nur als die verschiedenen Merkmale und Beziehungen ein und der nämlichen Rechtsmaterie, während andrerseits das φυσικὸν, das ἄγραφον, das κοινόν und das πρῶτον in entsprechender Weise die verschiedenen Eigenschaften ein und desselben δίκαιον vertreten, und, während alle diese verschiedenen Begriffe je die nämliche Sphäre umspannen, so beruht diese Verschiedenheit selbst nur darauf, daß je nach dem leitenden Gesichtspunkte eine verschiedene Seite des nämlichen Körpers in's Auge gefaßt wird.

Jenes νομικόν oder ἴδιον oder γεγραμμένον δίκαιον wird nun wiederum ebenso wie der entsprechende νόμος, nach der Form seiner äußeren legislativen Erscheinung in ein γεγραμμένον und ἄγραφον zerlegt [175], welches letztere dann wieder-

174) Eth. Nic. V, 9, 12.

175) Die Eintheilung des Rechtes in ein γεγραμμένον und ἄγραφον hat sonach bei Aristoteles eine doppelte Bedeutung: einmal insofern sie Unterabtheilung des νομικόν ist, sodann insofern sie Oberabtheilung des gesammten δίκαιον ist. In der ersteren Beziehung bildet die formelle Kundgebung des Rechtes den Eintheilungsgrund und hier nimmt dann die sich ergebende Eintheilung den rein grammaticalischen Sinn an, den wir bereits bei Plato fanden (§. 22 Note 138) und der ihr in den Quellen des römischen Rechts als jus scriptum und non scriptum überwiegend inwohnt (vergl. Schilling, Inst. §. 10 Note e und dazu Quint. J. O. XII, 3, 6. 7.); dagegen in der letzteren Beziehung bildet die letzte Quelle des Rechtes, nach ihrer formalen Beschaffenheit aufgefaßt, den Eintheilungsgrund, und dann nimmt sie den ähnlichen Sinn an, den sie bei Socrates hat, und der in mehrfachen Spuren auch in den römischen Rechtsquellen sich angedeutet findet, so bei Cicero de Leg. II, 10, 4. und pr. Mil. 4, 10., ingleichen bei Justinian in Nov. 74. c. 1., 89. c. 1. pr., c. 9. pr. Dennoch hat sich bereits Aristoteles von einer Vermischung beider Eintheilungen nicht ganz frei erhalten; vergl. namentlich Rhet. ad Alex. 1, 4.

um aus zwei Theilen besteht, nämlich dem ἐπιεικές und dem Gebote der Sitte und gemeinen Meinung. Dem letzteren fällt z. B. anheim die der hervorragenden Tugend, wie Schlechtigkeit zu Theil werdende Vergeltung [176]), während das ἐπιεικές das durch den legislatorischen Gedanken gegebene ungeschriebene Supplement zum geschriebenen νόμος repräsentirt.

Das φύσει δίκαιον, wie der νόμος, auf den es sich stützt, ist in letzter Quelle eine Ordnung Gottes selbst. Denn es beruht in der φύσις als eine Immanenz derselben: die Einrichtung und Erhaltung der φύσις geht aber von Gott aus; und als δίκαιον ist es ein Theil des ἀγαθόν: das Gute und Schöne aber ist Gott, daher auch der Inbegriff und Urquell des Rechten [177]). Indem nun das Gesetz des Rechtes der φύσις selbst einverleibt ist, so wird es nun Gegenstand der verstandesmäßigen Erkenntniß für den Menschen und offenbart sich dem λόγος, allein, da zur Erkenntniß alles ἀγαθόν nur der moralisch vollendete, der ὀρθὸς λόγος befähigt, nur dem φρόνιμος. Gleichwie daher das φύσει δίκαιον von Vorn herein als ausschließliches Eigenthum des φρόνιμος in unmittelbarer geistiger Anschauung und Erkenntniß beruht, so bedarf es für diesen auch keines äußeren Zwanges, sondern herrscht durch die innere Kraft seiner Wahrheit, ja erkennt eine positive Satzung neben sich gar nicht an [178]). Allein da in dieser rein übersinnlichen Existenz das φύσει δίκαιον nur dem φρόνιμος erkennbar und bewußt ist, so bedarf es für alle übrigen Menschen einer Verkündigung. Deßhalb offenbaren die moralisch Weisen den Unvollkommenen jenes Gebot der φύσις, und deßhalb

176) Rhet. I, 13, 2. 11. 12. Vergl. auch Polit. III, 11, 6.

177) Vergl. auch Eth. Nic. V, 7, 3.

178) Vergl. Andron. Rhod. Paraphr. in Arist. Eth. Nicom. V, 10. p. 182. ed. pr.: παρ' ἀνθρώποις, τοῖς τε ὀρθῶς καὶ ὑγιῶς ἔχουσιν, ἐστὶ δίκαιον ἀκίνητον ὃ φυσικὸν λέγεται· εἰ δὲ τοῖς νοσοῦσι τὰς φρένας καὶ διεστραμμένοις οὐ δοκεῖ δίκαιον· οὐδὲν διαφέρει· οὐδὲ γὰρ ὁ λέγων τὸ μέλι γλυκὺ εἶναι ψεύδεται, διότι τοῖς νοσοῦσιν οὐ τοιοῦτον δοκεῖ (hominibus, qui recte quidem saneque habent, jus est insuperabile, quod φυσικόν dicitur; aegrotis vero intelligentia atque perturbatis jus non videtur. Sed nihil refert; nullum enim is, qui mel dulce esse dicit propterea mentitur, quod aegrotis tale esse non videtur). Vergl. Polit. III, 8, 2.

ist auch im gemeinen Leben dies φύσει δίκαιον durch das positive Gesetz mit einem äußeren Zwange bewaffnet [179].

Auf jenem höheren Ursprunge des φύσει δίκαιον beruht es, daß dasselbe an sich mit dem ἁπλῶς δίκαιον durchgehends übereinstimmt, wie auch als das vorzüglichere Rechtselement erscheint und eine ganz besondere innere Macht und Kraft in sich trägt. Ihm steht am Nächsten das ἐπιεικές, welches zwar nicht vorzüglicher als das ἁπλῶς δίκαιον, aber doch vollkommener ist als das γεγραμμένον (als Theil des ἴδιον δίκαιον [180]); denn die Aufgabe dieses Rechtsgesetzes besteht nur darin, in detaillirenden und zeitweiligen Bestimmungen die Vorschriften des Gesetzes des ἁπλῶς δίκαιον und des φύσει δίκαιον näher zu bestimmen und weiter auszuführen [181]), daher es auch der Veränderung unterliegt und je bei den verschiedenen Völkern anders lautet. Sobald jedoch dieses γεγραμμένον, der Wahrheit und Gemeinnützigkeit bar, die Aufgabe des Rechtes überhaupt nicht erfüllt, so trägt es auch dessen Character nur durch Erschleichung an sich, daher es im Zwiespalte mit dem κοινὸν δίκαιον und dem ἐπιεικές stets diesem weichen, und demgemäß der gute Bürger und Richter diese befolgen und unwandelbar beobachten muß, nicht jenes [182]).

§. 26.

Epikur.

Das ethische System des Epicurus, geb. 412, gest. 488 d. St., beruht auf folgenden Sätzen:

Die Begriffe von gut und bös stützen sich in natürlicher Anordnung der Dinge auf die Empfindungen [183]): nur die angenehme Empfindung (ἡδονή) ist ein Gut, und ist die Grundlage der Glückseligkeit, daher Ziel eines Jeden, der nach die-

---

179) Vergl. Eth. Nic. X, 9. 3—12.

180) Eth. Nic. V, 10, 6.

181) Eth. Nic. V, 7, 1. 5. Vergl. 5. 11. 6, 4.

182) Rhet. I, 15, 4. 6—8.

183) πᾶν ἀγαθὸν καὶ κακὸν ἐν αἰσθήσει; Diogen. Laert. X, 124. und 137. Cic. de Fin. I, 9. 10.

ser strebt [184]). Die ἡδονή selbst ist zwar eine doppelte: die bewegte, ἡδονὴ ἐν κινήσει, und die leidenschaftslose, ἡδονὴ καταστηματική, allein nur die letztere ist ἡδονή in höchster Vollkommenheit, welche die wahre Glückseligkeit erzeugt [185]). Der Zustand wahrer und vollkommener Glückseligkeit ist daher ein leidenschaftsloses Wohlbehagen, welches bedingt ist sowohl durch die beschehene Befriedigung der Begierde, wie durch die Abwesenheit des Schmerzes, ἀταραξία καὶ ἀπονία [186]).

Die Tugend, wie Kunst und Wissenschaft dienen zur Erreichung der Glückseligkeit und dies allein bedingt ihren, somit nur relativen Werth; daher haben auch die einzelnen Tugenden lediglich als Mittel zur Erlangung der ἀταραξία einen Werth: die Klugheit, φρόνησις, die Mutter aller Tugenden, und die Mäßigkeit, αὐτάρκεια [187]), wie die Gerechtigkeit, δικαιοσύνη. Demgemäß stehen auch das ἡδέως und das φρονίμως καὶ καλῶς καὶ δικαίως ζῆν, welches die φρόνησις lehrt, in nothwendigem Wechselzusammenhange [188]). So ist auch das Recht nur Mittel zur ἡδονή, der es in der Weise dient, daß es die ruhestörenden Verletzungen fern hält. Indem nun Epikur das Recht zugleich auf einen Vertrag der Betheiligten zurückführt, so ist ihm dasselbe der natürlichen Ordnung zufolge eine auf Vertrag beruhende Norm, welche durch das gemeinschaftliche Interesse der Zusammenlebenden geboten ist, die active, wie passive Verletzung des Einzelnen zu verhüten:

τὸ τῆς φύσεως δίκαιον [189]) ἔστι σύμβολον τοῦ συμφέροντος εἰς τὸ μὴ βλάπτειν ἀλλήλους μηδὲ βλάπτεσθαι (justum

---

184) πᾶς' οὖν ἡδονὴ ἀγαθόν Diogen. Laert. X, 129. τὴν ἡδονὴν ἀρχὴν καὶ τέλος εἶναι τοῦ μακαρίως ζῆν. Diogen. cit. §. 128. 130. 137.

185) Diogen. Laert. X, 136.

186) Diogen. Laert. X, 128. 131. Cic. de Fin. I, 11. Gell. N. A. IX, 5.

187) Diogen. Laert. X, 130—133.

188) Diogen. Laert. X, 132. 138. 140. Cic. de Fin. I, 18. Das καλῶς ζῆν entspricht der αὐτάρκεια, hat also hier einen weit engeren Begriff als sonst in der Philosophie.

189) Aus diesem δίκαιον τῆς φύσεως hat man wohl ein φύσει δίκαιον machen und dasselbe für ein Naturrecht im Gegensatze vom positiven Rechte erklären wollen. Diese Auffassung wird durch Epikur selbst, namentlich nach Diogen. Laert. X §. 150 auf das Unzweifelhafteste widerlegt. Vielmehr

natura est utilitatis pactum ut neque invicem laedamus nos nec laedamur). Diogenes Laert. X, 150. vergl. §. 151—153.

Alles Recht erscheint daher als positive Satzung und seine Kraft beruht zunächst auf dem der rechtserzeugenden Thätigkeit zu Grunde liegenden Consense der Paciscenten. Allein auch dieser Consens allein begründet noch nicht ausschließlich die Herrschaft des Rechtes, vielmehr ist es auch sein Verhältniß als Mittel zu jenem seinem allgemeinen Zwecke, seine Tauglichkeit nämlich zur Beförderung jenes gemeinschaftlichen Interesse, welche seine Kraft bedingt. Daher mangelt der Character des Rechtes derjenigen Norm, welche jenem gemeinsamen Interesse nicht dient:

ἐάν τε νομοθετῆται τι, μὴ ἀποβαίνῃ δὲ κατὰ τὸ συμφέρον τῆς πρὸς ἀλλήλους κοινωνίας, οὐκέτι τοῦτο τὴν τοῦ δικαίου φύσιν ἔχει (quod si quid lege sanciatur, non autem proveniat inde commoditas mutuae societatis, non jam hoc justi naturam habet). Diogen. Laert. X §. 150.

Sobald daher die bestehende Satzung jenem practischen Interesse fremd ist, ist sie nicht Recht, bis etwa neu entstehende Rücksichten dieses Interesse erzeugen, während andrerseits sie aufhört, Recht zu sein, sobald das zeitweilig vorhandene practische Interesse wieder wegfällt [190].

Ebenso ist das Recht denkbar nur zwischen den lebenden Wesen, welche einen Vertrag jenes Inhaltes abzuschließen vermögen, daher nicht gegenüber unfreien Völkern [191], noch gegenüber Sclaven und Thieren.

Das Recht zerfällt nun in das κοινὸν δίκαιον, welches allen überhaupt Rechtsfähigen als die nämliche Norm gilt, weil jenes practische Interesse allenthalben gleichmäßig die nämliche

---

beruht auf der φύσις lediglich der Zweck und die Aufgabe des Rechtes, in keiner Weise aber dessen Inhalt. Daher steht nach Epikur dasjenige Recht in einer Beziehung zur φύσις, welches jenen Zweck erfüllt, und hierauf allein beruht jene Bezeichnung. Seinem Inhalte nach fällt dagegen alles Recht der menschlichen Einrichtung anheim.

190) Diogen. Laert. §. 152. 153. (Nro. 40. 41. der κυρίαι δόξαι). Man sieht, daß die modernen Vertheidiger des Satzes: cessante ratione legis, cessat lex ipsa, bereits in Epikur ihren Vorgänger hatten.

191) Diogen. Laert. X. 150 (Nro. 34. der κυρ. δοξ.)

Satzung erfordert, und in das ἴδιον δίκαιον, unter welchem ebensowohl das in territorialer Beziehung particuläre Recht, das jus proprium oder civile, als auch das rücksichtlich der Rechtssachen besondere Recht, das jus singulare, verstanden wird. Bei diesem ἴδιον δίκαιον ist die nationale Auffassung des practischen Interesses und die besondere Natur der Verhältnisse maaßgebend:

κατὰ τὸ κοινὸν πᾶσι τὸ δίκαιον τὸ αὐτό· συμφέρον γάρ τι ἦν ἐν τῇ πρὸς ἀλλήλους κοινωνίᾳ. κατὰ δὲ τὸ ἴδιον, χώρας καὶ ὅσων δήποτ' αἰτιῶν, οὐ πᾶσι συνέπεται τὸ αὐτὸ δίκαιον εἶναι. (Secundum κοινὸν δίκαιον omnibus jus idem est; utilititatis enim aliquid confert in mutua societate; secundum ἴδιον autem: et regionis et quarumcumque causarum, non omnibus idem consequitur esse); Diog. Laert. X, 151. Nro. 38. der κυρ. δοξ. Vergl. κύρια δόξα 39. in §. 152.

Da nun das Recht überhaupt erst durch Vertrag und durch seine Gewährung des Schutzes vor Verletzung entsteht, so ist hierdurch auch die Gerechtigkeit bedingt, daher eine solche von Vorn herein als natürliche gar nicht existirt, vielmehr erst mit der Constituirung des lediglich positiven Rechtes entsteht:

οὐκ ἦν τι καθ' ἑαυτὸ δικαιοσύνη, ἀλλ' ἐν ταῖς μετ' ἀλλήλων συστροφαῖς, καὶ ὁπηλίκους δήποτ' ἀεὶ τόπους συνθήκη τις ὑπὲρ τοῦ μὴ βλάπτειν μηδὲ βλάπτεσθαι (justitia nihil per se est, verum in contractibus mutuis quibuslibet locis foedus aliquod initur, ut non laedamus neque laedamur). Diogen. Laert. X, 150. κυρ. δοξ. 35.

Da nun aber der Nutzen des Individuum mitunter etwas Anderes erfordern kann, als das Gesetz vorschreibt, so ist in solchem Falle auch die Beobachtung des Gesetzes nicht Postulat der Gerechtigkeit, vielmehr ist diesfalls die Gesetzesübertretung und Widerrechtlichkeit an und für sich durchaus nichts Böses. Allein dennoch wird sie dies durch die sie begleitende Furcht vor Entdeckung, gegen welche es keine vollständige Sicherheit giebt, wie durch die hiermit verbundene Angst vor der Strafe, welche die Gesetzesübertretung bedroht. Denn alle Furcht ist ein κακόν, weil sie die ἀταραξία aufhebt, und dies, nicht aber die Liebe für die Gerechtigkeit, als ein an sich schätzenswerthes Gut, ist das Motiv, welches den Weisen die Gerech-

tigkeit üben läßt [192]). Dies ist der Grund, daß der δίκαιος auch am Vollkommensten im Zustande der ἀταραξία, der ἄδικος dagegen im Zustande der Unruhe und Besorgniß sich befindet [193]).

§. 27.

Stoiker.

Den Schlußstein der ethischen Philosophie Griechenlands bildet das Lehrsystem der Stoiker, einer Schule, deren Vertreter wir weniger als scharfsinnige Philosophen und consequente Denker, denn vielmehr als beredte Verkündiger einer veredelten und erhabenen Sittenlehre zu bewundern haben. Denn weder haben die Stoiker für die theoretische Philosophie ein irgendwie Erhebliches geleistet, noch vermochten sie bezüglich der practischen Philosophie ein neues System ihren moralischen Wahrheiten zu unterbreiten, indem vielmehr aus den Lehren der Früheren, des Heraclit, wie Socrates, der Cyniker, wie Megariker, des Plato, wie Aristoteles das Material zu den wissenschaftlichen Substructionen der Ethik entnommen wurde. Wohl aber übertreffen die Stoiker in den Ausführungen ihres Systemes das gesammte griechische Alterthum an hoher sittlicher Würde, die in den überlieferten Bruchstücken ihrer Litteratur uns allenthalben entgegentritt, und uns erkennen läßt, wie ihnen vornämlich es gelang, der Erkenntniß der moralischen Aufgabe des Menschen am Vollkommensten sich anzunähern. Hierdurch, sowie insbesondere durch das Dogma einer ethischen Gemeinschaft der gesammten Menschheit erscheint die stoische Lehre verwandt, ja als unmittelbare Vorläuferin des Christenthumes [194]), eine Thatsache, welche vornämlich die Erscheinung

---

192) Diogen. Laert. X, 151. κυρ. δοξ. 36. 37. Cic. de Rep. III, 16. Diese ganze Argumentation ist den Cyrenaikern entlehnt.

193) Diogen. Laert. X, 144. κυρ. δοξ. 16.

194) Auf jene Lehre von der ethischen Gemeinschaft der gesammten Menschheit wird in §. 46 ausführlicher zurückzukommen sein. Im Verhältnisse zum Christenthum weisen wir der stoischen Philosophie einen allgemeinen präparatorischen Einfluß zu. Daneben kommt in Betracht der besondere Einfluß dieser Philosophie auf die Lehrvorträge einzelner Apostel, der namentlich in der Logos-Lehre zu Tage tritt. Denn Evang. Joh. C. 1. V. 1—4. ist dem Ausdrucke nach rein stoisch, obgleich der Sinn der Worte

erklärt, wie trotz der wesentlichsten Mängel jenes Systems und trotz der vielseitigen und heftigen Angriffe auf dasselbe, dennoch die stoische Philosophie zu dem höchsten Ansehen in dem späteren Alterthume gelangte.

Die betreffenden Lehren dieser Schule, als deren Stifter Zeno aus Cittium, geb. um 414, gest. um 494. d. St., und als deren zweiter Begründer Chrysippus aus Soli, gest. um 546 d. St., genannt werden, lauten dahin:

Die Objecte der Vorstellung und Erkenntniß, welche in die θεία und ἀνθρώπινα zerfallen, bilden in ihrer Gesammtheit den Gegenstand des menschlichen Wissens, der σοφία, indem diese die θεών καὶ ἀνθρωπίνων ἐπιστήμη, die divinarum atque humanarum rerum notitia ist. Die Disciplin dieses Wissens ist die Philosophie, die Fertigkeit in demselben die ἀρετή. Gleich wie nun jene Gesammtheit der Dinge einem dreifachen wissenschaftlichen Gebiete anheim fällt, dem φυσικόν, ἠθικόν und λογικόν, so sind auch Philosophie, σοφία und ἀρετή dreifältig: eine physische, logische und ethische, deren letztere die Vorschriften für das menschliche Leben: τὸ κατασχολημένον περὶ τὸν ἀνθρώπινον βίον umfaßt [195]), und selbst wieder auf physiologischen Voraussetzungen beruht.

Alles Seiende nämlich, σῶμα, beruht auf zwei Principien: dem Leidenden, der Materie, und dem Wirkenden, Gott. Gott aber wird gedacht als ein Geist, dessen einziges Vermögen eine intellectuelle Kraft, das λογιστικόν bildet, daher in psychologischer Beziehung Gott nur ein λόγος ist, und λόγος und Gott vollkommen gleichbedeutend sind. Da nun, in Umkehrung jenes ersten Satzes, ein σῶμα Alles ist, worin jenes doppelte Princip sich offenbart, so ist jedes σῶμα zugleich ein Sitz Gottes. Σῶμα aber ist Alles außer dem leeren Raum, dem Orte, der

im Munde des Apostels nothwendig eine Transsubstantiation erfährt. Jene Verbindung ist dabei als eine unmittelbare, und nicht durch Philo Alexandrin. vermittelte anzusehen, da bei diesem der λόγος bereits eine veränderte Beziehung zum θεός erhält. Die neueste Untersuchung dieser Frage findet sich bei Hölemann, de Evang. Joan. introitu. Lips. 1855. p. 33. sq.

195) Plut. de plac. phil. I, pr. de Stoic. repugn. IX, 2. Diogen. Laert. VII, 39. 40. Senec. Ep. 89. Cic. Acad. I, 10.



Zeit und dem Gedanken oder dem Aussprechbaren[196]. Daher durchdringt Gott gleich als geistiger Hauch die Welt und die gesammte Natur, das ὅλον (nur uneigentlich auch πᾶν genannt), dasselbe belebend, beseelend, vergeistigend. Gott ist daher eine Immanenz der Natur: deren Geist; die Natur aber gleicht dem Körper, in welchem der Geist räumlich allgegenwärtig anwesend ist[197].

Der Gang der Natur regelt sich, oder, was dasselbe besagt, Gott regiert die Welt nach einem ordnenden Gesetze, welches der Gottheit selbst inliegt als das erschöpfende Product von dessen λόγος. Indem daher Gott die Welt durchdringt, durchströmt in und mit ihm auch dieses Gesetz selbst die Welt; daher ist die Natur imprägnirt von dem räumlich anwesenden Gesetz: dem νόμος ὁ κοινός, νόμος πάντων[198]), welches, weil es die gesammte geistige Thätigkeit Gottes absorbirt, selbst als θεός oder λόγος aufgefaßt wird. Dieser νόμος ist Gesetz alles Seienden, der θεῖα, wie ἀνθρώπινα, daher zugleich Norm aller ἀρετή, Inhalt der σοφία und Gegenstand der φιλοσοφία, und Gesetz ebensowohl des φυσικόν und λογικόν, wie ἠθικόν[199]).

Als ethisches Gesetz enthält dieser νόμος, oder λόγος, oder θεός die Vorschrift der Lebensregel für den Menschen und vornämlich in dieser Beziehung qualificiren sich seine Gebote zum ἀγαθόν, oder καλόν, zum bonum oder honestum[200]). So wohnt das ethische Gesetz der Natur inne, als einige und absolute Norm, welche, erhaben über Raum und Zeit, unabhängig von menschlicher Satzung, gleichmäßig allen Menschen die Regel des Guten und Bösen ist:

---

196) Vergl. Strümpell, l. c. §. 147.

197) Plut. plac. phil. I, 7, 17. de Stoic. repugn. XXXVIII — XL. de Comm. not. XXXI. Stob. Ecl. Phys. I. p. 64. 322. 538. Heer. Sext. Emp. adv. Math. IX, 101. Bekk. Diogen. Laert. VII, 134. 136. 139. 147. 148. 150. 156. Cic. de N. D. I, 14. 15. II, 9. 22. III, 14. Acad. I, 11. II, 41.

198) Cic. de N. D. I, 14. Diogen. Laert. VII, 148. Stob. Ecl. Phys. I. p. 178.

199) Vergl. Plut. de Stoic. Repugn. IX. XXXIV. XXXV. de Comm. not. XI §. 4. Cic. de Off. III, 12, 52. Weil der νόμος Inhalt der σοφία ist, heißt derselbe auch: ὁ τοῦ σοφοῦ λόγος, Plut. de Stoic. rep. XI, 7.

200) Cic. Acad. I, 10. de Fin. III, 6. 8. Sext. Emp. adv. Math. XI, 30. Diogen. Laert. VII, 100. 101.

Zeno autem naturalem legem divinam esse censet eamque vim obtinere recta imperantem prohibentemque contraria; Cicero de N. D. I, 14.

— — ἀπαγορεύειν εἴωθεν ὁ νόμος ὁ κοινὸς, ὅσπερ ἐστὶν ὁ ὀρθὸς λόγος διὰ πάντων ἐρχόμενος, ὁ αὐτὸς ὢν τῷ Διῒ καθηγεμόνι τούτῳ τῆς τῶν ὅλων διοικήσεως ὄντι (prohibere solet lex communis, quae est recta ratio in omnes diffusa nihil distans a Jove, hoc principe gubernationis omnium quae sunt); Diogen. Laert. VII, 88. nach Zeno.

ὁ νόμος πάντων ἐστὶ βασιλεὺς θείων τε καὶ ἀνθρωπίνων πραγμάτων. Δεῖ δὲ αὐτὸν προστάτην εἶναι τῶν καλῶν καὶ τῶν αἰσχρῶν, καὶ ἄρχοντα, καὶ ἡγεμόνα, καὶ κατα τοῦτο κανόνα τε εἶναι δικαίων καὶ ἀδίκων καὶ τῶν φύσει πολιτικῶν ζῴων, προστακτικὸν μὲν ὧν ποιητέον, ἀπαγορευτικὸν δὲ ὧν οὐ ποιητέον (Lex communis est divinarum et humanarum rerum regina. Oportet autem eam esse praesidem et bonorum et malorum, et principem et ducem esse, et secundum hoc regulam esse juris et injuriae ipsorum naturali societate conjunctorum animantium, praecipientem quid faciendum, vetantem quid omittendum sit); Chrysipp. de lege bei Marcian. lib. I. Inst. (l. 2. D. de legg. 1, 3.); Vergl. §. 54.

Legis perpetuae et aeternae vim, quae quasi dux vitae et magistra officiorum sit, Jovem dicit esse (Chrysippus); Cic. de Nat. D. I, 15.

τὸν δὲ νόμον σπουδαῖον εἶναί φασι (sc. οἱ Στωϊκοί), λόγον ὀρθὸν ὄντα προστακτικὸν μὲν τῶν ποιητέον, ἀπαγορευτικὸν δὲ τῶν οὐ ποιητέον [201] (legem quoque existimant Stoici bonum esse, cum sit recta ratio, praecipiens quid faciendum, vetans quid omittendum sit); Stob. Ecl. Eth. II. p. 190. Heer. u. Serm. 44, 12. Gaisf.

Hanc igitur video sapientissimorum (i. e. Stoicorum) fuisse sententiam, legem neque hominum ingeniis excogitatum nec scitum aliquod esse populorum, sed aeternum quiddam, quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia. Ita

201) Heeren zieht beidemal die Lesart ποιητέων vor, was durch die Lesart der Sermon. des Stobaeus, der Pandecten, wie auch des Philo de Joseph. p. 414. (vergl. §. 48. Note 362.) widerlegt wird.



principem legem illam et ultimam, mentem esse dicebant omnia ratione aut cogentis aut vetantis Dei; Cic. de Leg. II, 4, 8.[202]).

Wie dies Gesetz die gesammte Natur, die κοινὴ φύσις, als deren λόγος durchströmt, so dringt es auch in deren einzelne Theile ein und so auch in den Menschen, indem es auf das intellectuelle Vermögen der Seele, auf das λογιστικόν oder den λόγος der Menschen einwirkt. Dieser λόγος, dem die Führung der Seele als deren ἡγεμονικόν zusteht, gleicht nämlich bei der Geburt des Menschen der leeren Tafel, der Eindrücke empfänglich, aus denen die Vorstellungen hervorgehen[203]). Alle wahren Vorstellungen, φαντασίαι, sind aber in der That auch mechanische Eindrücke, τύπωσεις ἐν ψυχῇ, welche die Seele von den σώματα als deren Bilder empfängt und aufnimmt, daher καταληπτικαὶ φαντασίαι genannt, sei es daß das Bild durch Vermittelung der Sinne, κατάληψις αἰσθήσει, oder unmittelbar, κατάληψις λόγῳ, zum λόγος gelangt[204]). Sobald daher der Gegenstand selbst der Vorstellung wahr ist, bedarf es zur Richtigkeit der Anschauung und der daraus hervorgehenden Vorstellung nur des richtigen, d. i. gesunden λόγος, des ὀρθὸς λόγος, daher die Criterien der Wahrheit die φαντασία καταληπτική und der ὀρθὸς λόγος sind[205]).

Auf dem Wege sinnlicher Wahrnehmung gelangt nun der Mensch zur Erkenntniß des κοινὸς νόμος[206]), daher dieser in

---

202) In Bezug auf die obigen Stellen s. auch §. 37. Note 264.

203) Plut. Plac. phil. IV, 3—5. 7—21. Stob. Ecl. Phys. I. p. 190 sq. 836. 874—878. Diogen. Laert. VII, 151. 156—159. Cic. Tusc. I, 9. de N. D. III, 14. Tertull. de anim. c. 14.

204) Dies ist die Lehre des Chrysipp; Zeno erkannte nur die durch die Sinne vermittelte Vorstellung an; vergl. Plut. Plac. phil. IV, 11. Sext. Emp. adv. Math. VII, 227 sq. 401 sq. Diogen. Laert. III, 45. 46. 49—51. Nemes. de Nat. hum. c. 6. Cic. Acad. I, 11. II, 6. 24. Gell. N. A. XIX, 1.

205) Diogen. Laert. VII, 54. Daher fallen in dem ὀρθὸς λόγος zusammen: 1) das intellectuelle Vermögen (als gesunde Vernunft); 2) der Act der Thätigkeit dieses Vermögens (als richtige Erkenntniß); 3) die jenem Vermögen eingedrückte Vorstellung (als Vorstellung des Richtigen); und dies ist die dreifache Bedeutung, welche verbunden, wie jede besonders durch den Ausdruck ὀρθὸς λόγος, wie in entsprechender Weise durch den λόγος vertreten wird.

206) Chrysipp lib. 1. de Fine bei Plut. de Stoic. rep. XIX. und de

der That eine durch die gesunde Vernunft gebotene, Allen gemeinsame richtige Vorstellung, ein ὀρθὸς λόγος διὰ πάντων ἐρχόμενος ist[207]).

Da nun die gesammte Natur das Vehikel des göttlichen Gesetzes, der Mensch selbst aber Theil der κοινὴ φύσις ist, andrerseits auch die Organisation des Menschen der Construction der Natur und dem Gesetze Gottes entspricht und harmonirt[208]), so concentrirt sich die Gesammtheit der ethischen Gebote in der Formel: ὁμολογουμένως ζῆν, oder, nach Späteren: ὁμολογουμένως τῇ φύσει ζῆν, ὁμολογεῖν τῇ φύσει, harmonisch zu leben, sei es mit der Natur oder mit Gott, sei es mit der eigenen Organisation, harmonisch also mit dem Gesetze Gottes. Diese ὁμολογία, welche anzustreben bereits in dem Naturtriebe des Menschen begründet ist[209]), bildet das letzte Ziel des Menschen; sie führt zur ethischen Tugend und σοφία, und mit ihr allein ist die Eudämonie verknüpft[210]). Die diese ὁμολογία begründenden Handlungen sind die κατορθώματα oder καθήκοντα τέλεια oder πράξεις τέλειαι, während ihren Gegensatz die ἁμαρτήματα bilden. Die κατορθώματα allein entsprechen dem ἀγαθόν und καλόν und sind selbst ein solches, wogegen die ἁμαρτήματα dem κακόν und αἰσχρόν anheimfallen. Zwischen beiden Extremen steht das ἀδιάφορον, d. i. die Qualität derjenigen Objecte des Begehrens, die, ohne gut oder schlecht zu sein, einen lediglich relativen Werth haben, und für die Eudämonie gleichgültig sind. Dennoch unterliegen auch die ἀδιάφορα

Comm. not. IX, 2. Weßhalb Chrysipp eine sinnliche Wahrnehmung annahm, ist nicht recht ersichtlich.

207) Diogen. Laert. VII, 88, 128. Vergl. auch Posidonius bei Senec. Epist. LXXI.

208) Plut. de Comm. not. XXXVI, 5.

209) Cic. de Fin. III, 5. Diogen. Laert. VII, 90. 92. 93.

210) Plut. de Comm. not. IV, 1. V. XVII, 9. 13. Stob. Ecl. Eth. II, p. 90 sq. 132—134. 138—140. Diogen. Laert. VII, 87—89. Clemens Alexandr. Strom. II. p. 416. Cic. de Fin. III, 5—7. Acad. I, 10. II, 45. Paradox. 3. de Off. III, 3. Senec. Epist. XX. XXXI. Cicero übersetzt ὁμολογία mit convenientia, de Fin. III, 5. 6. Ueber jene Formel vergl. Krug, Gesch. der Philos. §. 127. Note, Tennemann, Gesch. der Philos. IV. p. 77 sq. Stäudlin, Gesch. der Moralphilos. p. 297 sq. Beier, Exc. III. ad Cic. de Offic. III.

noch einer Werthschätzung, welche einerseits das Vorzügliche, προηγμένον, andrerseits das Verwerfliche, ἀποπροηγμένον ergiebt, und zwischen diesen Beiden das vollkommen Neutrale als die Mitte übrig läßt. Und gleich wie dem ἀγαθόν die κατορθώματα, so entsprechen dem προηγμένον, als demjenigen, welches einen Werth um deßwillen gewinnt, weil es zum ὁμολογουμένως ζῆν mit beiträgt, die καθήκοντα oder καθήκοντα μέσα, d. h. diejenigen Handlungen, welche ohne moralisch gut oder schlecht zu sein, doch geziemend sind, weil ein vernunftmäßiger Grund für sie vorhanden ist[211].

Ἀγαθόν und κακόν, wie ἀρετή und κακία sind nun je nach den verschiedenen Richtungen, in denen sie sich kundgeben, vierfältig, nämlich, was das ἀγαθόν betrifft: das δίκαιον, ἀνδρεῖον, κόσμιον und ἐπιστημονικόν, denen als Tugenden die δικαιοσύνη, ἀνδρεία, σωφροσύνη und φρόνησις entsprechen. Die φρόνησις ist das Wissen des Guten und Bösen, daher die Grundlage aller Tugenden; dagegen die übrigen Tugenden bestehen in der Wahl des Guten theils im Erstreben und Erdulden (ἀνδρεία), theils im Nehmen und Enthalten (σωφροσύνη), theils im Zuertheilen der Dinge (δικαιοσύνη). Alle Tugenden aber

211) So ergiebt diese Werthschätzung der Objecte des Begehrens folgende Stufenleiter; 1) das ἀγαθόν oder καλόν, bonum oder honestum; 2) das προηγμένον, aestimabile oder productum oder promotum oder praecipuum; 3) das was weder προηγμένον, noch ἀποπροηγμένον, vielmehr neutrum ist, eine besondere Benennung aber nicht gefunden zu haben scheint; 4) das ἀποπροηγμένον, remotum oder rejectum; 5) das κακόν oder αἰσχρόν, malum oder turpe. Von ihnen fallen 2. 3. und 4. unter das ἀδιάφορον, indifferens. Dem ἀγαθόν entsprechen die κατορθώματα oder καθήκοντα τέλεια, die recta, recte facta, officia recta oder perfecta; dem προηγμένον entsprechen die καθήκοντα, oder καθήκοντα μέσα, die officia oder officia media; dem αἰσχρόν entsprechen die ἁμαρτήματα. Vergl. Stob. Ecl. Eth. II. p. 142 sq. Diogen. Laert. VII, 100—107. Plut. de Stoic. rep. X. XV, 10. XXVII. Cic. Acad. I, 10. de Fin. III, 6—8. 10. 14—16. IV, 25. 26. de Off. I, 3. III, 3. 4. ad Att. XVI, 11. u. 14. Gell. N. A. XII, 5. Vergl. Tennemann, Gesch. der Philos. IV. p. 90 sq. p. 106 sq. (Lehre Zeno's), p. 244 sq. (Lehre Cleanth's), p. 320 sq. 326 sq. (Lehre Chrysipp's); Stäudlin, Gesch. der Moralphilos. p. 321 sq.; Fries, Gesch. der Philos. I. p. 483 sq. Beier, Exc. III. n. IV. ad Cic. de Off. I. und die hierselbst gegebenen Citate. Vergl. endlich §. 37. zu Note 270 u. §. 38. zu Note 291.

sind solidarisch verbunden, daher jede die anderen zur Folge hat, und keine ohne die andere besteht[212]).

§. 28.

Fortsetzung.

(Stoiker.)

Das δίκαιον ist der Inbegriff derjenigen Gebote des νόμος, welche die gegenseitigen Beziehungen der Menschen regeln[213]). Diese Beziehungen selbst fallen unter den Begriff von Geselligkeit und Verkehr und indem Aristo Chius dieses Merkmal als maaßgebend auffaßt, so definirt derselbe die δικαιοσύνη als:

ἡ ἀρετὴ κοινωνήμασι καὶ συμβολαίοις ὁμιλοῦσα τοῖς πρὸς ἑτέρους (virtus ad mutua commercia et negotia spectans), Plut. de Virt. mor. II.

und übereinstimmend hiermit erklären die Stoiker die οἰκείωσις, den geselligen Verkehr, für den Ausgang der δικαιοσύνη[214]).

Der Modalität nach, in welcher innerhalb jenes Gebietes des geselligen Verkehres das Recht sich kundgiebt und wirkt, erscheint sodann dasselbe als ein Zuertheilendes nach dem Verdienste des zu Honorirenden, d. h. nach dem durch dessen correlaten Anspruch gegebenem Maaßstabe, ein ἀπονεμητικὸν ἑκάστῳ τοῦ κατ' ἀξίαν[215]). Diesen Moment faßten als wesentlich

212) Diogen. Laert. VII, 92—95. 100—102. 126—128. Plut. de Virt. mor. c. 2. u. 9. fin. de Stoic. rep. VII. XV. XXV. de Comm. not. XVI. XXVII. Stob. Ecl. Eth. II. p. 90—122.

213) Diese Begriffsbestimmung ist uns nicht überliefert, ergiebt sich aber aus der Definition der δικαιοσύνη. Einen weiteren und uneigentlichen Begriff läßt Chrysipp in de Demonstrat. bei Plut. de Stoic. rep. XVI, 4. erkennen, insofern derselbe das ἀδικεῖν für gleichbedeutend mit παρανομεῖν nimmt.

214) Plut. bei Porphyr. de abstin. III, 19.: τὴν δὲ οἰκείωσιν ἀρχὴν τίθενται δικαιοσύνης οἱ ἀπὸ Ζήνωνος.

215) Pseudoplut. de vit. et poës. Hom. c. 184.; vergl. c. 175: ὁ νόμος λέγεσθαι ἔοικεν ἀπὸ τοῦ νέμειν — — τὸ κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ. Hiermit übereinstimmend sagt Cic. de Leg. I, 6, 19: legem illi Graeco putant nomine a suum cuique tribuendo appellatam. Der stoische Rechtsbegriff findet sich auch bei Polyb. VI, 6, 10.: διανεμητικὸν εἶναι τοῦ κατ' ἀξίαν ἑκάστοις, sowie bei Athan. in Syn. 8. Ser.: ἡ δικαιοσύνη τὰ ἄξια ἑκάστοις ἀπονέμει; Oecumen. in Ep. Jac. c. 1: ἡ δικαιοσύνη ἕξις ἐν ψυχῇ τοῦ κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ ἀπονεμητική; endlich auch in den in Note 216 u. 351 citirten Stellen.

Zeno, Cleanth und Chrysipp in's Auge und definiren dem- entsprechend die δικαιοσύνη als:

ἡ φρόνησις ἐν ἀπονεμητέοις (prudentia in distribuendis rebus); Zeno bei Plut. de Asie. rep. VII, 2.

ἡ ἰσχὺς καὶ τὸ κράτος περὶ τὰς ἀξίας (robur et vis circa suum cuique); Cleanth, bei Plut. de Stoic. rep, VII, 4.

ἡ ἐπιστήμη ἀπονεμητικὴ τῆς ἀξίας ἑκάστῳ (animi affectio suum cuique tribuens[216]) oder τὸ ἀπονεμητικῶς ποιεῖν; Diogen. Laert. VII, 126. Stob. Ecl. Eth. II. p. 102.

Endlich den Ursprung des Rechtes betreffend, so beruht das- selbe auf dem κοινός νόμος und nimmt somit seinen Ausgang von Gott oder dem λόγος oder der φύσις, nicht aber geht es hervor aus dem Belieben und der Meinung der Menschen: es ist ein φύσει δίκαιον und als solches unveränderlich und zu allen Zeiten und Orten das Gleiche:

φύσει τὸ δίκαιον εἶναι καὶ μὴ θέσει, ὡς καὶ τὸν νόμον καὶ τὸν ὀρθὸν λόγον (natura esse jus, non opinione, sicuti et summam legem et rectam rationem); Chrysipp de Honestate bei Diogen. Laert. VII, 128. Stob. Ecl. Eth. II p. 184.

οὐ γάρ ἐστιν εὑρεῖν τῆς δικαιοσύνης ἄλλην ἀρχὴν, οὐδ' ἄλλην γένεσιν, ἢ τὴν ἐκ τοῦ Διός, καὶ τὴν ἐκ τῆς κοινῆς φύσεως· ἐντεῦθεν γὰρ δεῖ πᾶν τὸ τοιοῦτον τὴν ἀρχὴν ἔχειν, εἰ μελλομέν τι ἐρεῖν περὶ ἀγαθῶν καὶ κακῶν (non enim inveniri potest aliud justitiae principium, alia origo, quam a Jove et communi natura petitum. Inde enim necesse est omnia nos exordiri, si volumus aliquid de bonis et malis dicere); Chrysipp. lib. III. de Diis bei Plut. de Stoic. rep. IX, 4.

Dieses Recht, weil es in dem Subjecte einen λόγος voraus- setzt, ist den Thieren unbekannt und ebensowenig findet zwischen diesen und den Menschen wegen der Verschiedenheit ihrer Natur eine Rechtsgemeinschaft statt[217]. Für den Menschen aber ist es maaßgebende Norm, nach welcher der σοφός sich richtet, sei

216) Diese Uebersetzung giebt Cic. de Fin. V, 23.; ähnlich de Inv. II, 53., und Ulpian, lib. 1 Regul. (l. 10 pr. D. de J. et J. 1, 1.). Der Auct. ad Herenn. III, 2, 3. übersetzt: ius unicuique tribuens pro dignitate cujusque. Vergl. §. 37. not. 277.

217) Chrysipp lib. 1 de Just. bei Diogen. Laert. VII, 129 u. Cic. de Fin. III, 20, 67. Posidonius lib. 1. de Offic. bei Diogen. Laert. l. c.

es in dem Verkehre des täglichen Lebens, sei es bei Verwaltung des Staates und bei Erlassung von Gesetzen, sei es bei Belehrung der Mitmenschen:

Quoniamque ea natura esset hominis, ut ei cum genere humano quasi civile jus intercederet, qui id conservaret, eum jûstum, ,qui migraret, injustum fore. Cic. de Fin. III, 20, 67. nach Chrysipp.

τό τε δίκαιόν φασι (sc. οἱ Στωϊκοί) φύσει εἶναι, καὶ μὴ θέσει. Ἐπόμενον δὲ τούτοις ὑπάρχειν καὶ τὸ πολιτεύεσθαι τὸν σοφὸν καὶ μάλιστα ἐν ταῖς τοιαύταις πολιτείαις ταῖς ἐμφινούσαις τινά προκοπὴν πρὸς τὰς τελείας πολιτείας, καὶ τὸ νομοθετεῖν τε, καὶ τὸ παιδεύειν ἀνθρώπους[218]) (Jus vero Stoici dicunt esse non natura, sed opinione. Quod sequi sapientem et in faciendo et in re publica administranda et maxime quidem in iis civitatibus, quae proficiunt quodammodo ad perfectum statum et in legibus ferendis et in hominibus docendis Stob. Ecl. Eth. II. p. 198 sq.

Die Herrschaft dieses göttlichen Rechtsgesetzes ist im idealen Zustande des goldenen Zeitalters eine ausschließliche; allein in den späteren Zeiten erheischte die Verderbniß der geselligen Zustände positive Gesetze, welche zuerst die σοφοί verkünden[219]). Immer aber muß neben diesen menschlichen Gesetzen jenem göttlichen Rechtsgesetze eine absolute Gültigkeit und Herrschaft beigemessen werden, so daß die Ersteren nur insoweit, als sie mit dem Letzteren übereinstimmen, bindende Kraft besitzen, und ihre Gültigkeit überhaupt nur auf ihre Harmonie mit dem göttlichen Gesetze sich stützt. Insoweit daher das Naturrecht und das positive Recht sich widerstreiten, muß Letzteres aller verbindlichen Kraft ermangeln. Dies ergiebt sich aus Plut. de Stoic. rep. III.:

ὅσοι δ' ἄλλου αὐτῶν (sc. τῶν Στωϊκῶν) πολιτείᾳ προσίασιν, ἔτι μᾶλλον ἐναντιοῦνται τοῖς αὐτῶν δόγμασι· καὶ γὰρ ἄρχουσι, καὶ δικάζουσι, καὶ συμβουλεύουσι, καὶ νομοθετοῦσι, καὶ κολάζουσι, καὶ τιμῶσιν, ὡς — — νόμων τῶν Κλεισθένους καὶ Λυκούργου καὶ Σόλωνος, οὓς φαύλους καὶ ἀνοήτους

218) Das Weitere dieser Stelle gehört nicht hierher, weil es nicht auf das δίκαιον im Besonderen, sondern auf das ἀγαθόν im Allgemeinen sich bezieht. Dazu ist zu vergl. Stob. Ecl. Eth. II, p. 228. Cic. de Fin. III, 20, 68.

219) Posidonius bei Senec. Epist. XC.

γεγονέναι λέγουσιν. Ὥστε καὶ πολιτευόμενοι μάχονται (Qui vero Stoicorum de secta se ad rempublicam conferunt, ii magis etiam suis ipsorum placitis repugnant; nam imperant, causas disceptant, consulunt, leges ferunt, puniunt, honorant, ita ut —— leges Clisthenis, Lycurgi, Solonis leges esse censeant, quum interim eos pravos et stultos fuisse dicant. Ergo rempublicam gerentes, ipsi sibi adversantur.

Demgemäß lebt und handelt der σοφός der Theorie nach unabhängig vom positiven Gesetze, als wahrhaft Freier und lediglich nach seinen eigenen Grundsätzen [220]), d. i. nach dem Gesetze Gottes, und δίκαιος ist in Wahrheit nur der Weise, weil er allein das wahre Gesetz, das göttliche, kennt und befolgt; nicht aber macht die Befolgung des menschlichen Gesetzes an sich schon zum δίκαιος [221]). Nur bezüglich solcher Handlungen, welche gar nicht unter das Gebot oder Verbot des göttlichen Gesetzes fallen, somit weder gut, noch schlecht, vielmehr gleichgültig sind, mochten die Stoiker dem positiven Rechte eine ihm originäre Gültigkeit beilegen, welche auch z. B. Diogenes von Babylon in solchem Falle bei Cic. de Offic. III, 12. anerkennt, obwohl andrerseits auch dem positiven Rechte alle Kraft und Gültigkeit schlechthin abgesprochen wird, so nach Cic. Acad. II, 44, 136., wozu vergl. Plut. de Stoic. cap. III cit.

§. 29.

Die späteren Academiker.

Die späteren Academieen bis Antiochus widmen ihre Kräfte der Bekämpfung des Dogmatismus, namentlich der Stoiker, und treten demgemäß in überwiegend negirender Tendenz als neue Verfechter des Skepticismus auf. Namentlich ist es Carneades (geb. 539, gest. 625 d. St.), bei welchem wir diese Richtung ausgeprägt und auch anf die practische Philosophie übertragen finden.

Insbesondere leugnete Carneades auch die Existenz eines Naturrechtes und erkannte lediglich die positive Satzung als

220) Diogen. Laert. VII. 121. 122.

221) Stob. Ecl. Eth. II. p. 206. Cic. de Fin. III, 20. 67. Vergl. pr. Mur. 29, 61.

Recht an. Die Gründe, durch welche derselbe diesen Satz: jus civile est aliquod, naturale nullum, stützte, und die ein höheres Interesse für uns dadurch gewinnen, daß wir in ihnen die Summe der Argumente erblicken dürfen, durch welche der Skepticismus jener Zeit die Lehre vom höheren Ursprunge des Rechtes bekämpfte; diese Gründe vermögen wir aus Cicero de Rep. III, 8, sq. ed. Moser und nach diesem aus Lactant. Div. Inst. V, 14 sq. VI, 16 sq. zu erkennen, indem Cicero daselbst dem L. Furius Philus die Argumente in den Mund legt, durch welche Carneades bei seiner Anwesenheit zu Rom als Gesandter Athens im J. 598 in einer öffentlichen Rede die von den Philosophen seiner Zeit über das Wesen der Gerechtigkeit und des Rechtes aufgestellten Ansichten bekämpft, nachdem er selbst am Tage zuvor jene Ansichten und deren Gründe öffentlich vorgetragen hatte [221a]). Hiernach stützte Carneades das Dogma: Es giebt kein Naturrecht, im Wesentlichen auf folgende Sätze:

A. Im positiven Rechte giebt es kein über Zeit und Raum erhabenes Rechtselement, folglich kein Naturrecht; denn die Gesetze sind theils in den verschiedenen Staaten verschieden (Cic. de Rep. III, 9.), theils in dem nämlichen Staate der Veränderung unterworfen (de Rep. III, 10):

> Jus enim civile est aliquod, naturale nullum: nam si esset, ut calida et frigida, et amara et dulcia, sic essent justa et injusta eadem omnibus. — — Genera vero si velim juris, institutorum, morum, consuetudinumque describere, non modo in tot generibus varia, sed in una urbe, vel in hac ipsa millies mutata demonstrem. — — [Quodsi natura] sanxisset jura nobis, et omnes iisdem et iidem non alias aliis uterentur. Quaero autem, si justi hominis et si boni est viri parere legibus, quibus? an quaecunque erunt? At nec inconstantiam virtus recipit, nec varietatem natura patitur; legesque poena, non justitia nostra comprobantur. Nihil habet igitur naturale jus; ex quo illud efficitur, ne justos quidem esse natura.

221a) Obwohl bei jenen Reden des Carneades die oratorische Tendenz keineswegs untergeordnet sein mochte, so berechtigt doch Nichts zu einem Zweifel daran, daß Carneades in der zweiten Rede seinen philosophischen Lehren nicht treu geblieben sei.

B. Auch neben dem positiven Rechte giebt es kein Naturrecht; denn einestheils sind die Meinungen der Menschen über die Natur des Rechtes außerhalb der Gesetze, wie über das Wesen der Gerechtigkeit überhaupt völlig verschieden (de Rep. III, 11. 16.), anderntheils müßte solches Naturrecht sein leitendes Princip entweder in der sapientia [222]) oder in der utilitas finden. Beide aber widerstreiten allem Begriffe von Gerechtigkeit, wie er mit Bezug auf das jus naturale festgehalten wird; denn die sapientia [223]) gebietet die Wahrung des eigenen Vortheiles selbst bis zum Nachtheile des Anderen, und in entsprechender Weise bedingt auch die Beförderung der eigenen utilitas in der Regel die Beeinträchtigung der des Anderen. Stützt sich nun die Gerechtigkeit als justitia civilis auf die sapientia und utilitas, so ist sie auch nicht justitia nach der von den Philosophen gegebenen Wesensbestimmung dieses Begriffes, somit also ist sie im Sinne der Letzteren weder justitia überhaupt, noch auch justitia naturalis, sondern ist eben reine sapientia. Ist dagegen die justitia im Sinne der Philosophen nicht sapientia, sondern das, was man unter justitia naturalis versteht, so würde sie einestheils der sapientia offen widerstreiten und zur reinen Thorheit werden, wie auch der utilitas zuwiderlaufen; anderntheils würde sie aber auch ein Seiendes gar nicht mehr sein, da sie überhaupt auf Nichts sich stützen würde (de Rep. III, 12. 13. 17. 20.).

Vielmehr beruhen jus und justitia lediglich auf dem Staate und auf dessen Gesetze, nicht aber auf der natura, und die justitia ist lediglich die obtemperatio scriptis legibus institutisque populorum. Insofern daher die Schwäche der Menschen die Mutter der

222) Sapientia mit Rücksicht darauf gesagt, daß dieselbe von den Stoikern als der Inbegriff aller Tugenden, wie des ἀγαθὸν καὶ καλόν, des honestum angesehen wurde; vergl. namentlich Cic. de Rep. III, 4. Wegen utilitas vergl. Carneades bei Plut. in Porphyr. de abstin. III, 20.: ἕκαστον τῶν φύσει γεγονότων, ὅταν τοῦ πρὸς ὃ πέφυκε καὶ γέγονε τυγχάνῃ τέλους, ὠφελεῖται, (unumquodque eorum, quae natura exstiterunt, utilitatem consequi, si finem consequatur eum, ad quem a natura factum sit).

223) Carneades argumentirt hier auf Grund einer Verdrehung des Wortsinnes; denn die sapientia, σοφία, war den Stoikern die Wissenschaft des göttlichen Sittengesetzes; Carneades aber nimmt den Ausdruck im Sinne von Weltklugheit.

bürgerlichen Vereinigung ist, geht das jus aus dieser Schwäche hervor, nicht aber aus dem freien Willen der Menschen (de Rep. III, 14. in Verbindung mit de Leg. I, 15, 42.).

§. 30.

Resultat.

Mit Carneades schließt die Geschichte der griechischen Philosophie überhaupt ab; denn vom Zeitalter Cicero's an erlangt dieselbe einen universellen Character. In Athen aufgezogen, gepflegt, zu schönster Blüthe ausgebildet, überschreitet jetzt die antike Philosophie die engen Gränzen ihres Vaterlandes, um das ganze Gebiet der civilisirten Welt zu durchmessen und an allen Orten, die ihr Fuß betritt, befruchtend mit dem Menschengeiste sich zu verbinden.

Von dieser neuen Phase ihrer Entwickelung an bis rückwärts zu den ersten Stadien ihrer Bildung hat die Philosophie die Bahn durchschritten, die das Naturgesetz des menschlichen Geistes ihr vorschrieb: den Weg des Kampfes gegen Irrthum und Zweifelsucht. Rastlos und ununterbrochen geführt, ist dieser Kampf in seinen einzelnen Momenten ein verschiedener, je nach der doppelten Richtung, in welcher derselbe sich bewegt: ein anderer auf dem Gebiete der theoretischen Philosophie, ein anderer auf dem der practischen Philosophie. Hier wie dort aber concentrirt er sich um einzelne hervorragende Punkte, in denen wir die Hauptfragen erkennen, deren Beantwortung der philosophirende Geist sich selbst zur Aufgabe stellte.

Derartige Hauptfragen finden wir, wie innerhalb der practischen Philosophie im Allgemeinen, so auch in der Rechtsphilosophie im Besonderen vor, und diese letzteren gerade sind es, welche ausschließlich, und selbst dies nur in einer einzelnen bestimmten Richtung, gegenwärtig unsere Aufmerksamkeit maaßgebend in Anspruch nehmen. In dieser Beziehung verwiesen wir bereits in §. 18. im Allgemeinen auf die zwei Probleme, welche die Schwerpunkte der gesammten rechtsphilosophischen Speculation bilden und die Richtung bestimmen, in welcher diese Forschung sich bewegte, die zwei Fragen nämlich:

Was ist das Recht?
und
Woher stammt das Recht?

In die Sphäre beider Probleme fallen noch einzelne anderweite Fragen, denen jedoch eine überwiegend untergeordnete und abhängige Stellung zukömmt; eine größere Selbstständigkeit dagegen behauptet die Frage:

Wer ist Rechtssubject?

allein sie wiederum wird überwiegend in kategorischer Weise und ohne weitgreifende Beörterung erledigt.

Indem wir nun die Leistungen der griechischen Philosophie zunächst bezüglich des ersten Problems ins Auge fassen, so hat bei dessen Behandlung dieselbe überwiegend den rein speculativen Gesichtspunkt festgehalten: nicht die besonderen Erscheinungsformen des Rechtes in seinen einzelnen Satzungen und Instituten sind es, in deren Erkenntniß und systematischer Darlegung man die Lösung jenes Problemes erstrebte, sondern der Begriff in seiner abstracten Allgemeinheit bildet ganz unmittelbar das Ziel der Forschung, während die einzelnen Figuren des Rechtes in einer völlig untergeordneten Weise in Betracht gezogen werden. Durch diese Thatsache selbst aber erscheint die in der griechischen Rechtsphilosophie zu Tage tretende Erscheinung bedingt, daß dieselbe sowohl der Empirie in einer auffälligen Maaße sich entfremdete und zu Resultaten gelangte, welche mit der Wirklichkeit des Lebens in offenem Widerspruche standen, — eine Erscheinung, die namentlich bei Plato einen monströsen Character annimmt, — sowie daß auch in Folge dessen die Philosophie sich selbst aller Autorität in Bezug auf die rechtlichen Zustände des Verkehres beraubte, und insbesondere ihre Anstrengungen ohne die entsprechende Frucht für die Rechtsbildung verblieben, welche von dem auf das Recht gerichteten wissenschaftlichen Denken der begabtesten Geister Griechenlands zu erwarten gewesen wäre; ja daß endlich die über das Recht eingeschlagene Speculation in ihrer einseitigen Richtung schließlich steril ward.

Jene anderweite Aufgabe dagegen, den Rechtsbegriff an sich dem Bewußtsein zu vermitteln, sucht die Philosophie auf dem doppelten Wege der Verdeutlichung, wie der Klarmachung zu lösen.

Die Klarheit, somit die Abgränzung des Rechtes als eines abgeschlossenen Ganzen gegen die ihm benachbarten Begriffe wird erstrebt in der Eintheilung der Ethik, welche theils als Classi-

fication des ethischen Verhaltens, d. i. der ἀρετή, theils als Classification der ethischen Gebote, d. i. des ἀγαθόν gegeben wird. Dort wird die δικαιοσύνη gegen die übrigen Tugenden abgegränzt, und dieses Verfahren ist der gesammten nachsocratischen Philosophie gemeinsam; hier wird das Gebiet des δίκαιον von den übrigen Theilen des ἀγαθόν abgeschlossen, und dieser Weg scheint vornämlich dem Aristoteles und den Stoikern eigenthümlich gewesen zu sein. Dagegen das Streben nach Deutlichkeit und nach lebhafter Vergegenwärtigung der Einzelheiten des Rechtsbegriffes offenbart sich, was die systematischen Formen betrifft, in denen hierbei das Denken sich bewegt, in der Definition und Eintheilung des Rechtes.

Die Classificationen finden ihren Eintheilungsgrund entweder in dem Ursprunge des Rechtes, respective sind durch diese Frage bedingt, und dann fallen sie unter das zweite Problem; oder sie sind ganz unmittelbar durch die erst festgestellten Merkmale des Rechtsbegriffes bedingt und abhängig von dem Bestreben, den letzteren selbst näher zu begründen oder im Einzelnen nachzuweisen und zu veranschaulichen. Ein selbstständiges und von den Zwecken der Definirung des Rechtsbegriffes unabhängiges Eingehen dagegen auf dessen Umfang im Wege der logischen Classification finden wir nur bei Aristoteles (δίκαιον πολιτικόν und οἰκονομικόν, jus publicum und privatum), während es im Uebrigen der griechischen Philosophie fremd erscheint. Sonach dürfen wir daher, selbst unter Anerkennung der von der Philosophie gegebenen Classificationen, immerhin sagen, daß im Allgemeinen nur der Inhalt des Rechtsbegriffes die maaßgebende Frage für die Philosophie bildete, der Umfang desselben dagegen in nur untergeordneter und abhängiger Weise in Erwägung gezogen wurde.

In dem auf die Definition des Rechtsbegriffes bezüglichen Verfahren der Philosophie treten uns zwei Merkmale als characteristisch entgegen und zwar zunächst, daß durchgängig ein analytisches Verfahren eingeschlagen wurde. Diese Erscheinung steht in Verbindung damit, daß man von dem Begriffe der ἀρετή oder des ἀγαθόν zu dem δίκαιον herabstieg und sodann von hier aus weiter abwärts diesen durch die Zerlegung der Ethik gewonnenen Begriff in seinen einzelnen Merkmalen weiter verfolgte.

Gerade hierin aber, in der Vernachlässigung einer genetischen Begriffsbildung haben wir die einflußreichste Ursache der so gröblichen Verirrungen anzuerkennen, wie solche namentlich bei Plato am Unverhülltesten zu Tage treten. In dieser Weise erscheint daher die Wesenbestimmung des Rechtes beeinflußt von dem bei Behandlung der Ethik im Allgemeinen eingeschlagenen Verfahren, woneben wir bei Pythagoras und Aristoteles, wie bei Plato und den Stoikern noch einer rein etymologischen Rücksichtnahme einen Einfluß auf die Begriffsstimmung vom δίκαιον zuzuerkennen haben, insofern Aristoteles und wahrscheinlich auch Pythagoras bezüglich des δίκαιον eine Stammverwandschaft mit δίχα (in zwei Theile getheilt) anerkennen [224]), während die Stoiker und Plato den νόμος in eine etymologische Verbindung setzen mit νέμειν (zuertheilen) [225]), dieses Merkmal aber durch das Medium des νόμος auf die Begriffsbestimmung des δίκαιον erwirken lassen.

Als die zweite dem Verfahren der griechischen Philosophie eigenthümliche Erscheinung erkennen wir an, daß dieselbe das maaßgebend characteristische Merkmal des Rechtes in dessen attributiven Beziehungen aufsuchte und zu erkennen glaubte, somit also die Besonderheit des Rechtes in der Modalität seines Verhaltens in Bezug auf das Quale und Quantum auffand, welches das Recht nach der einen Seite hin als Pflicht, nach der anderen Seite hin als Recht den Personen zuerkennt. Diese Eigenthümlichkeit kann indeß erst später in ihren Voraussetzungen und Folgewirkungen, wie in ihrem Wesen näher erörtert werden.

Fassen wir nun zunächst den Gattungsbegriff in's Auge, der dem Rechte beigelegt wird, so erkennen wir bereits hierin eine Besonderheit der griechischen Philosophie an. Denn während die moderne Wissenschaft, wie bereits die Römer, in dem Rechte eine Norm anerkennen, so erklärt Pythagoras das δίκαιον für einen Act, Aristoteles aber für ein Quantum, wogegen der Begriff der Norm, welche jene Handlung, wie dieses Maaß bestimmt, mit dem Begriffe des Gesetzes in dem νόμος coincidirt. Erst

224) Eth. Nic. V, 4, 9.

225) Wegen der Stoiker vergl. §. 28. not. 215. Wegen Plato, Heindorf ad Gorg. p. 211 §. 136. u. de Legg. VI. p. 757 b.



die Stoiker scheiden Gesetz, Recht und das durch das Recht Bestimmte, während Plato über jenen Gattungsbegriff zu keiner festen Bestimmtheit gelangt zu sein scheint. Da jedoch dieser Punct von keiner weiteren selbstständigen Folgewirkung begleitet ist, so können und werden wir von demselben absehen und bei unserer Erörterung ohne Weiteres den modernen Gattungsbegriff des Rechtes der gesammten griechischen Philosophie unterlegen.

Indem wir uns nun zu den von der griechischen Philosophie aufgestellten Artunterschieden des Rechtes wenden, und hierbei vor Allem bezüglich der pythagoräischen Begriffsbestimmung uns vergegenwärtigen, daß das ἀντιπεπονϑὸς ἄλλῳ ein doppeltes Moment unmschließt, nämlich das τοσοῦτον und τοιοῦτον in Bezug auf dasjenige, was das Recht den Personen zuspricht[226]), so überliefert uns nun, unter Festhaltung der angegebenen Modification bezüglich des Gattungsmerkmales, die griechische Philosophie folgende Begriffsbestimmungen des Rechtes:

Pythagoras: Norm, die einem Wesen die Rückgewährung desjenigen Quantum und Quale an ein anderes Wesen zuerkennt, welches von dem Letzteren dem Ersteren vorher zugekommen war;

Aristoteles: Norm, welche das Mittelmaaß zwischen zu Viel und zu Wenig bei Zumessung der vom Staate zu vertheilenden oder in den Verkehrsverhältnissen hervortretenden Vortheile abmißt;

Plato: Norm, welche die richtige Proportion der Thätigkeit der psychischen drei Grundtheile der dem Rechte untergeordneten beiden Organismen regelt;

oder, als abgeleiteter Begriff: Norm, welche Jedem das Seine zuertheilt (τὸ διανεμητικὸν τοῦ κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ);

Stoiker: Norm, welche Jedem das Seine zuertheilt (τὸ ἀπονεμητικὸν τῆς ἀξίας ἑκάστῳ);

Socrates: Norm, welche durch das Gesetz geboten ist[227]).

---

226) In dieses doppelte Merkmal zerlegt bereits Aristoteles das ἀντιπεπονϑὸς in Eth. Nic. V, 5, 9.

227) Mit Socrates stimmt auch Epicur überein, nur daß der Letztere die Beschränkung hinzufügt, daß die Existenz des Rechtes von der Verwirklichung seines Zweckes bedingt ist, eine Modification, die für unseren gegenwärtigen Gesichtspunkt ohne Belang ist.

Je nach der Beschaffenheit der Artunterschiede nun, welche in den obigen Definitionen dem Rechte beigelegt werden, scheiden wir aber eine doppelte Classe von Begriffsbestimmungen, deren eine von Pythagoras und Aristoteles, deren andere von Socrates, Plato und den Stoikern gebildet wird, deren weitere Erörterung wir jedoch in den nächsten Paragraphen verweisen.

§. 31.

Fortsetzung.

(Resultat.)

Zunächst Pythagoras definirt den Rechtsbegriff durch Characterisirung von Maaß und Art, welche das Recht der Person zuerkennt. Beide, Maaß wie Art, werden hierbei als ein Relatives gesetzt, indem das Wesen des τοσοῦτον, wie τοιοῦτον darin besteht, durch ein in concreto gegebenes Zweites, nämlich durch Maaß und Art des voraufgegangenen initiativen Actes seine nähere Bestimmung zu empfangen. Jene Wesenbestimmung des Rechtes ergiebt zugleich auch das Merkmal des Rechtsverhältnisses d. i. desjenigen Thatbestandes, an welchen das Recht seine attributive Disposition anknüpft, indem als Rechtsverhältniß jedes Lebensverhältniß sich darstellt, in welchem eine derartige Widervergeltung denkbar und möglich ist.

Von jener pythagoräischen Wesenbestimmung aus entwickelt sich der aristotelische Rechtsbegriff. Indem nämlich Aristoteles den von Pythagoras für die Rechtsdisposition aufgestellten Thatbestand als zu eng verwirft, vielmehr auch außerhalb des Gebietes, welches durch die sachliche Möglichkeit der Talion abgegränzt ist, ein Recht und ein Wirken desselben anerkennt, so wird nun Aristoteles zunächst genöthigt, diesen weiteren Thatbestand selbst, somit das Gebiet des Rechtes bezüglich der Rechtsverhältnisse in anderer Weise zu determiniren. Dies geschieht, indem Aristoteles ein δίκαιον διανεμητικόν und διορθωτικόν aufstellt, und hiermit das Verhältniß bei Vertheilung von Vortheilen durch den Staat einerseits, wie die συναλλάγματα andrerseits für Rechtsverhältnisse erklärt. Die συναλλάγματα gewinnen hierbei die nähere Bestimmung, zweiseitige Lebensverhältnisse der Menschen zu sein, während sie in ihren übrigen Merkmalen, ähnlich wie bei Pythagoras, unmittelbar von der Wesenbestimmung des

Rechtes abhängig erscheinen, von der Möglichkeit nämlich eines μέσον zwischen zu Viel und Wenig an Vortheil.

Was dagegen die attributive Disposition selbst des Rechtes betrifft, so macht sich als Folge der obigen von Aristoteles vorgenommenen Erweiterung des Rechtsgebietes die Nothwendigkeit geltend, das τοσοῦτον des Pythagoras aufzugeben, da das Recht nicht mehr nothwendig von dem Vorgange eines initiativen Actes bedingt ist. Indem jedoch Aristoteles die Relativität des Quantum beibehält, so tritt nun an die Stelle der initiativen Handlung als das Andere, durch welches das Maaß seine nähere Bestimmung empfängt, das Extrem, und das τοσοῦτον selbst verwandelt sich hiermit zum μέσον. Daher bleibt bei Aristoteles das Recht ebenso, wie es bei Pythagoras war, ein thatsächliches und wirkliches Maaßrelatives, indem es seine Wesenheit darin hat, ein auf ein Anderes Bezügliches zu sein, dagegen das unmittelbar Bezogene selbst, das zunächst bestimmende gegebene Zweite wird ein anderes: an die Stelle des initiativen Actes treten zunächst die zwei Extreme des πλεῖον und ἔλαττον, die selbst wieder zwei Maaßrelative sind. Die mittelbare Determinirung aber des μέσον zwischen Beiden, oder, was das Nämliche ist, die unmittelbare Determinirung des πλεῖον und ἔλαττον selbst erfolgt beim δίκαιον διορθωτικόν in der gleichen Weise, wie bei Pythagoras, nämlich nach Maaßgabe der concreten Verhältnisse: nachdem der initiative Act, welcher den einen Halbkreis des συναλλάγμα bildet, zu dem einen jener beiden Extreme geführt hat, so wird nun das Zuviel oder Zuwenig zurückgegeben und so die richtige Mitte hergestellt. Das eine Extrem ist daher hierbei ein gegebenes und wirklich vorhandenes, das andere dagegen ist ein nur gedachtes und fingirtes, daher im δίκαιον διορθωτικόν das als μέσον dargestellte Quantum in Wahrheit nur das τοσοῦτον des Pythagoras ist [228]). Dagegen beim δίκαιον διανεμη-

228) Diese Wahrheit verhüllt sich der Wahrnehmung in folgender Künstelei des Aristoteles: der Letztere rechnet nämlich folgendermaaßen: A giebt dem B 100; B hat in Folge dessen 100 zu viel ἀγαθόν, und zu wenig κακόν, folglich beträgt bei ihm der κέρδος 200; entsprechender Weise beträgt bei A die ζημία ebenfalls 200; das μέσον bezüglich des B, wie des A beträgt 100, folglich ist 100 das μέσον überhaupt zwischen den Extremen und von B dem A zu restituiren. Dies Calcül ist Spielerei dem Begriffe des μέσον

τικόν erhält das μέσον seine nähere Bestimmung einestheils durch das Gesammtquantum der in concreto zu vertheilenden Güter, anderntheils durch das Grundgesetz des Staates, insofern dieses die ἀξία der Person feststellt, diese ἀξία aber wiederum zu dem μέσον als Mitbestimmendes sich verhält.

Endlich bezüglich des Quale, welches das Recht attribuirt, so giebt Aristoteles die rohe Vorstellung der pythagoräischen Talion auf, indem er beim δίκαιον διορθωτικόν als ausgleichendes Mittel das Geld hinstellt, ohne sich jedoch darüber weiter auszusprechen, in welchen Fällen das Geld in dieser Weise zur Verwendung gelangt und in welcher Art Handlungen ausgeglichen werden, deren Werthschätzung nach Geld der griechischen Volksanschauung widerstrebte [229]).

Nach Alle dem tritt somit in jenen Rechtsbegriffen des Pythagoras und Aristoteles neben anderen, erst weiterhin in Betracht zu ziehenden Irrthümern der doppelte Mangel zu Tage, daß einestheils das Recht nur auf zweiseitige Rechtsverhältnisse, und — abgesehen von dem δίκαιον διανεμητικόν des Letzteren — lediglich auf Rechtsverhältnisse, die aus Handlungen hervorgehen, beschränkt ist, daher z. B. das gesammte Erbrecht von der Sphäre des δίκαιον ausgeschlossen bleibt; anderntheils aber auch für den das Rechtverhältniß zur Folge habenden initiativen Act bei Pythagoras, wie theilweis auch bei Aristoteles jedes Princip und jede Norm mangelt, welche als Rechtsregel für diese Handlung maaßgebend wäre. Denn bezüglich dieser einen Seite der Rechtsverhältnisse vermissen wir auch im aristotelischen δίκαιον διορθωτικόν jede Bestimmung des Maaßes der Extreme, ohne deren Kenntniß die Auffindung der Mitte unmöglich ist, vielmehr verweist Aristoteles in dieser Beziehung lediglich an den ὀρθὸς λόγος, ohne das Princip näher anzugeben, nach welchem der Verstand die richtige Mitte festzustellen hat, ja ohne sich überhaupt nur darüber bestimmt auszusprechen, in welches Größengebiet denn

zu Liebe; maaßgebend ist nur das ἀντιπεπονθός des Pythagoras, von welchem eine Abweichung erst in dem Quale zu Tage tritt.

229) Die Theorie des Aristoteles nähert sich dem historischen Standpunkte des germanischen Alterthumes, welches in der ausgedehntesten Maaße das Geld als Ausgleichungsmittel selbst der bedrohlichsten Rechtsverletzungen, wie des Mordes, anerkannte.

die Extreme, wie die Mitte bei jener Handlung fallen, ob in das Gebiet der Triebe oder der Objecte. Daher entbehrt bei Aristoteles, ebenso wie bei Pythagoras jene initiative Handlung des wahren rechtlichen Characters und erscheint weit eher als rein moralische Handlung, während jene juristische Qualität dem repensiven Acte allein zukömmt.

Einen völlig verschiedenen Weg als Pythagoras und Aristoteles schlugen bei Festhaltung des Rechtsbegriffes Socrates, Plato und die Stoiker ein. Zunächst den Rechtsbegriff des Plato für sich betrachtet, so haben wir solchen in §. 30. nach Maaßgabe des in §. 21. festgestellten Resultates in doppelter Weise wiedergegeben: einmal in seinen grundwesentlichen Merkmalen, sodann in denjenigen Merkmalen, welche wir im Sinne des Plato als consecutive hinzunehmen haben, ohne daß wir jedoch dabei die wahre Folgemäßigkeit der letzteren Merkmale gegenüber den ersteren anzuerkennen vermöchten. Hinsichtlich jener ersteren, auf die grundwesentlichen Merkmale gestützten, daher platonisch-normalen Begriffsbestimmung dürfen wir aber mit Recht sagen, daß, wie vielfach immer die classische Philosophie über das Wesen des Rechtes geirrt, Niemand doch so Gröbliches verschuldet hat, als Plato. Denn indem dieser nach den von ihm angenommenen Grundgesetzen der Organisation des menschlichen Geistes den Staat zu einem dem Menschen entsprechenden psychischen Organon construirt; indem er ferner auf die Regelung des gegenseitigen Verhaltens der geistigen Vermögen des Staates, wie des Menschen die Wirksamkeit des Rechtes beschränkt, und dessen Wesenheit sonach in einem individuell- oder politisch-psychischen Gesetze findet; indem er sodann für den gesammten geselligen Verkehr eine eigene Ordnung der Verhältnisse durch besondere Rechtssatzung für überflüssig erklärt, vielmehr den geregelten Gang dieses Verkehres durch Beobachtung jenes psychischen Gesetzes gesichert glaubt, somit aber gerade das wichtigste Gebiet der Rechtsverhältnisse dem ordnenden Wirken des Rechtes in Wahrheit entzieht und lediglich dem vorausgesetzten guten Willen und gesunden Sinne der Betheiligten überläßt; so tritt Plato hiermit in einen so offenen Widerspruch mit der Wirklichkeit des Lebens und verläßt in einer so frei beliebten Willkühr den Boden der Realität und Erfahrung, daß jener Rechtsbegriff in ein wesenloses Nichtsein

sich verflüchtigt, welches gleich als phantastisches Traumgebild vor unserem Auge vorüberziehen mag.

Daher beschränken wir uns darauf, im ferneren Fortgange unserer Erörterung den abgeleiteten platonischen Rechtsbegriff, das διανεμητικὸν τοῦ κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ allein maaßgebend in's Auge fassen und ihn allein zum Gegenstand unserer Untersuchung zu machen, weil wir ihm wenigstens eine Beziehung auf die realen Zustände abzugewinnen vermögen.

Mit diesem in Betracht zu ziehenden Rechtsbegriffe des Plato stimmt aber im Wesentlichen überein die stoische Begriffsbestimmung des δίκαιον als ἀπονεμητικὸν τῆς ἀξίας ἑκάστῳ. Beide Begriffsbestimmungen des Rechtes schlagen insofern den nämlichen Weg ein, wie Pythagoras und Aristoteles, als das Recht nicht nach den Verhältnissen, welche dasselbe regelt, begrifflich bestimmt wird, sondern nach dem Objecte seiner attributiven Disposition, also nach Maaß und Art desjenigen, was bei Ordnung der Verhältnisse das Recht den Personen als deren Recht und Pflicht zuerkennt. Allein indem Plato und die Stoiker das κατ' ἀξίαν oder die ἀξία selbst, die dignitas oder das suum cuique als den Maaßstab oder das Object jener Zutheilung hinstellen, so weichen sie in der Modalität dieser Bestimmung von Pythagoras und Aristoteles wesentlich ab. Zwar tragen die ἀξία des Plato und der Stoiker, und das τοσοῦτον und τοιοῦτον, wie das μέσον des Pythagoras und Aristoteles ein gemeinsames Merkmal insofern an sich, als dort wie hier das vom Rechte attribuirte Maaß und resp. Art nur relativ gegeben ist; allein ein wesentlicher Unterschied liegt in der Beschaffenheit selbst dieser Relativität. Denn bei der ἀξία ist zunächst nur die sprachliche Bestimmung von Maaß und Art eine relative, indem in dem Begriffe der ἀξία, des suum, die Verweisung auf ein Zweites liegt, welches erst dadurch, daß es Etwas zuspricht, dieses Zuerkannte zum suum macht und der ἀξία einordnet; dagegen das durch dieses Zweite festgestellte Maaß selbst kann ebensowohl ein absolutes, wie ein relatives, also ebensowohl ein Quantum von dreien, wie ein Gleiches sein. Dagegen bei dem τοσοῦτον und μέσον war die Bestimmung des Maaßes eine absolute, während das bestimmte Maaß ein relatives war, insofern das in demselben enthaltene Quantum erst durch ein anderweit gegebenes

Zweites oder Zweites und Drittes determinirt wird. Festhaltend daher an diesem für unsere Erörterung wichtigen und späterhin noch weiter in Betracht zu ziehenden Unterschiede können wir somit feststellen, daß von Pythagoras und Aristoteles der Rechtsbegriff durch ein thatsächliches und wirkliches Maaß- und Art-Relatives determinirt ist, während von Plato und den Stoikern das Recht nach Maaß und Art durch einen Relationsbegriff, also logisch relativ determinirt ist.

Jenes Zweite nun, auf welches der Relationsbegriff der ἀξία hinweist, ist der νόμος, und es enthält somit die stoische und platonische Definition vom Rechte in Wahrheit nur die Bestimmung: das δίκαιον ist diejenige Norm, welche Jedem das zuertheilt, was ihm der νόμος zuspricht. Sonach verwandelt sich die ἀξία, welche im δίκαιον διανεμητικόν des Aristoteles als die durch die Staatsverfassung gegebene politische Werthschätzung der Person zu Tage trat, im Munde Plato's und der Stoiker in die durch das Rechtsgesetz gegebene Legitimation zur Sache, und es kommt daher die platonische und stoische Wesenbestimmung des Rechtes der Sache nach auf die Definition des Socrates zurück: τὸ δίκαιόν ἐστι τὸ νόμιμον, nur mit der äußeren Beschränkung, daß bei jenen nicht, wie bei Socrates, alle Gebote des νόμος zugleich ein δίκαιον feststellen.

Wenn nun nach Alle dem der Begriff des Rechtes von Plato und den Stoikern, wie von Socrates nur durch Bezugnahme auf den Begriff des Rechtsgesetzes, also in Wahrheit nur insoweit definirt ist, als das Letztere selbst von den Genannten eine Bestimmung erhalten hat, so erfordert daher und setzt der Rechtsbegriff um jener ἀξία ἑκάστῳ willen zu seiner endgültigen Feststellung die Fixirung des Rechtsgesetzes nothwendig voraus. Die Definirung des Letzteren aber unterliegt nun zwar durchaus keinen sachlichen Schwierigkeiten, sobald ein Rechtsgesetz nur innerhalb der Legislation des Staates anerkannt wird. Allein indem Socrates, wie Plato und die Stoiker auch neben der positiven Sanction ein Rechtsgesetz statuiren; indem ferner Plato und die Stoiker dem νόμος auch eine andere Sphäre einer ethischen Ordnung der Dinge, als die des Rechtes überweisen, so tritt nun die Nothwendigkeit, das Rechtsgesetz nach

Inhalt und Umfang abzugränzen, um so stärker hervor [230]), während andrerseits mehrfache sachliche Schwierigkeiten diesem Unternehmen hindernd in den Weg treten. Jener Anforderung jedoch sich bewußt, schlagen die Stoiker, wie Plato einen vierfachen Weg ein, die selbstgestellte Aufgabe zu lösen:

1. Sie legen den Inhalt selbst des Rechtsgesetzes durch Angabe seiner Satzungen dar [231]);

2. Sie ziehen die Ethik im Allgemeinen in wissenschaftliche Erörterung, und zwar:

a. in systematischer logischer Form der Definition und Eintheilung des Begriffes von ἀρετή und ἀγαθόν;

b. in veranschaulichender Beschreibung, die sie von dem der ethischen Tugenden Theilhaften, vom φιλόσοφος und resp. σοφός entwerfen [231a]);

3. Sie erforschen die psychischen Grundlagen der ethischen Tugenden;

4. Sie verweisen wegen Kenntnißnahme des νόμος an den

---

230) Man hat in neuerer Zeit der griech. Philosophie wiederholt den Vorwurf gemacht, daß sie es unterlassen habe, ein System der Pflichten aufzustellen. Wenn wir, ohne die Triftigkeit dieser Bemerkung im Allgemeinen in Frage zu ziehen, dieselbe lediglich in ihrer Beziehung auf die Rechtspflichten in's Auge fassen, so ist dieselbe insoweit begründet bezüglich des Socrates und Plato, wie der Stoiker, als diese, weil ihr δίκαιον auf ein theilweise übersinnliches Rechtsgesetz verwies, den Inhalt dieses Gesetzes, somit ein System der Rechte und Rechtspflichten der Personen geben mußten, das in dieser Beziehung von den Genannten Geleistete aber in der That höchst ungenügend ist. Dagegen den Pythagores und Aristoteles trifft jener Vorwurf völlig ungerechter Weise, weil die von Beiden gegebene Begriffsbestimmung vom Rechte ein solches System weder erforderlich, noch überhaupt möglich erscheinen läßt.

231) Spuren solcher Erörterungen der Stoiker finden sich hin und wieder, so z. B. bei Cic. de Rep. III, 12. in den Worten: parcere omnibus, consulere generi hominum, suum cuique reddere, sacra, publica, aliena non tangere. Das anschaulichste Bild hierfür empfangen wir aus Cicero's Officien, welches dem Werke des Chrysippus über die καθήκοντα nachgebildet ist. Bezüglich des Plato gehören hierher auch die Schilderungen des Gerechten, welche namentlich in den Büchern de Rep. zahlreich sich vorfinden.

231a) Vergl. einerseits Plato Phaedon p. 68. 69 etc. de Rep. VI p. 485 sq. andrerseits Stob. Ecl. Eth. II p. 198 sq. 228. Heer. Plut. de Stoic. rep. XX. Cic. de Fin. III, 20, 68. Acad. II, 44, 136.

ὀρϑὸς λόγος (Stoiker), somit an die Belehrung durch den φιλόσοφος oder σοφός.

Der erste Weg soll direct zur Lösung der gestellten Aufgabe führen; allein er ist lediglich in einer höchst mangelhaften und ungenügenden Weise verfolgt, indem die Stoiker, wie Plato über die Darlegung einzelner Postulate allgemeinsten Inhaltes nicht hinauskommen, während andrerseits auch die gewonnenen Resultate dem practischen Leben selbst widerstreben mußten in Folge der bei jenen Bestrebungen concurrirenden, ja überwiegenden moralischen Werthschätzung der Verhältnisse.

Das logisch systematische Verfahren ist zwar bereits durch höhere Anforderungen und insbesondere auch durch die Deutung des stoischen ὁμολογουμένως ζῆν als κατ' ἀρετὴν ζῆν bedingt, soll aber auch zur Erkenntniß der δικαιοσύνη und des δίκαιον führen, indem Beide im Ganzen nach Außen hin gegen die übrigen ethischen Nebentheile abgegränzt werden, dadurch daß eine Scheidung und Abschichtung der einzelnen Beziehungen des νόμος und somit eine Gränzbestimmung auch des δίκαιον ins Besondere gegeben wird. Allein indem bei diesem Verfahren die Wesenbestimmung des Rechtes in das διανεμητικὸν κατ' ἀξίαν gesetzt wird, so bewegt sich hierbei das Denken immer nur in einem Cirkel, insofern das Rechtsgesetz diejenige Vorschrift des νόμος ist, welche das δίκαιον vorschreibt, das δίκαιον aber oder die δικαιοσύνη wiederum diejenige Norm oder Handlungsweise ist, welche das, was das Rechtsgesetz vorschreibt, zuertheilt. Ebensowenig tritt in der ziemlich planlosen, idealisirenden Schilderung des Weisen das Bild des Gerechten in der Weise scharf hervor, daß daraus ein wesentlicher Gewinn für die Begriffe von Rechtsgesetz und Recht sich ergäbe.

Der dritte Weg, auf den insbesondere die Deutung des stoischen ὁμολογουμένως ζῆν als κατὰ φύσιν ζῆν hinführt, nimmt seinen Ausgang von einer in Folge der mangelhaften psychologischen Kenntnisse jener Zeit höchst ungenügenden Lehre von den geistigen Grundvermögen des Menschen. Die weitere Ausführung aber, inwiefern ein Sinn für das Gerechte im Menschen wirkt und nach dessen naturgemäßer Entfaltung Recht und Rechtsgesetz zu bestimmen sind, mangelt bei Plato überhaupt vollständig, da dessen Lehre von der Anlage des Menschen zu

harmonischer Entwickelung der Geistesvermögen auch gegenüber dem hier allein betrachteten, abgeleiteten platonischen Rechtsbegriffe in Wahrheit nicht in Betracht kömmt, während die Stoiker von dem Triebe des Menschen zur Selbsterhaltung und zu einer der Natur gemäßen Entwickelung ausgehend, zwar einen besonderen Sinn für das Gerechte statuiren, allein eine nähere Begründung und Ausführung dieser These ebensowenig zu geben vermocht haben, wie wir dies nach dem Stande dieser Untersuchung bei Cicero annehmen dürfen.

Endlich die Verweisung der des Wissens des Rechtsgesetzes bedürfenden Menschheit an den ὀρθὸς λόγος, an die Belehrung durch den φιλόσοφος oder σοφός, ist der letzte verzweifelte Ausweg, die eigene Verlegenheit und Unfähigkeit zu Lösung der selbstgestellten Aufgabe zu verbergen. Denn eine derartige Verweisung enthält entweder eine Vertagung der Frage ad kalendas graecas von Seiten des φιλόσοφος oder σοφός selbst, oder aber das offene Bekenntniß, daß der φιλόσοφος oder σοφός noch gar nicht erschienen sei.

Nach Alle dem ist die von Socrates, Plato und den Stoikern gegebene Begriffsbestimmung des Rechtes eine lediglich verbale, weil jene Definition auf das Rechtsgesetz verweist, das Letztere aber weder seinem allgemeinen Begriffe, noch seinem besonderen Inhalte nach irgendwie genügend bestimmt wird.

§. 32.
Fortsetzung.
(Resultat).

Fassen wir nun die gewonnenen Resultate zu einem Gesammturtheile über die in Frage gezogenen Bestrebungen der griech. Philosophie zusammen, so werden wir wahrnehmen, wie die einzelnen Wahrheiten, welche bei Erforschung des Wesens des Rechtes erkannt und dargelegt sind, bei Weitem überwogen, ja verhüllt und völlig gelähmt werden durch die Irrthümer, welche, bedeutend an Zahl und innerem Gewichte, in jener Forschung zu Tage treten. Die Gründe, welche solche Abirrungen nothwendig zur Folge haben mußten, werden in der nachstehenden Betrachtung dem Bewußtsein sich vergegenwärtigen und zu einer präcisen Feststellung jener Irrthümer selbst hinüberleiten.

Das wahre, wirkliche Recht, welches in Folge eines irrigen Gegensatzes auch als positives Recht bezeichnet wird, somit das Recht im Allgemeinen beruht auf der Verbindung von Inhalt und Form, eines Inhaltes nämlich, welcher seinem Gattungsbegriffe nach als ordnende Regel sich darstellt, und einer Form, welche durch Verbindung mit der gegebenen Regel die Letztere in Recht verwandelt, sei es als legislatorische Sanction oder als Gewohnheit oder als eine andere nach der Verfassung des betreffenden Staates statthafte Modalität. Eine genügende und wahrheitsgemäße Wesenbestimmung des Rechtes ist daher nicht denkbar, sobald die wissenschaftliche Reflexion das eine jener beiden Principien übersieht oder die Bedeutung desselben für das Recht unterschätzt. Indem nun in den rechtsphilosophischen Bestrebungen der Griechen diese Wahrnehmung zunächst uns entgegentritt, so erkennen wir hiermit zugleich die primitive Ursache der Abirrung von der Wahrheit: indem die antike Philosophie die essentielle Bedeutung der formalen Pertinenz des Rechtes übersieht, und hiermit die Wesenheit des Rechtes vollständig in das materiale Element desselben versetzt, so wird dadurch dem Irrthume freier Boden zu üppiger Entfaltung geboten.

Die Erkenntniß und Würdigung der in materialer Beziehung das Wesen des Rechtes bestimmenden Criterien andrerseits steht wiederum in der innigsten Wechselbeziehung zur Feststellung der äußeren Gränze des Rechtes gegenüber den anderen Bestandtheilen der Ethik. Die einzige derartige Gränzbestimmung aber, welche Anspruch erheben darf, den Anforderungen der höchsten Wahrheit zu genügen, ist gegeben in der Abscheidung von Recht und Moral, welche das Gebiet in's Auge faßt, auf welchem das Hervortreten des ethischen Willensactes zum maaßgebenden Momente wird für die Anwendung der ethischen Norm in Form eines Urtheiles, — den Gegensatz nämlich von Innenwelt und Außenwelt. Denn der rechtliche Willensact wird wegen der mit ihm verbundenen Willensäußerung, also auf Grund seines Hervortretens in die Außenwelt in Form einer Handlung, der Beurtheilung nach dem Maaßstabe des Rechtes unterworfen, während der moralische Willensact lediglich wegen der ihm inliegenden Willensbestimmung, also auch auf Grund der der psychischen Innenwelt angehörigen Willensrichtung an sich, dem Urtheile der

Moral anheimfällt. Gerade diese allein wahre Gränzlinie blieb aber der griechischen Philosophie, wie dem gesammten Alterthume unbekannt [232]); denn wenn auch nach antiker Anschauung das Recht als ein besonderer und geschiedener Theil innerhalb des großen Ganzen der Ethik sich abgränzt und, gleichwie die Gerechtigkeit ein besonderes Segment des Kreises ist, den die Tugend in ihrer Totalität beschreibt, so das Recht ein eigenes Stück des ethischen Gesetzes bildet, so ist doch der Gesichtspunkt, nach dem diese Abgränzung erfolgt, durchaus verschieden von jenem modernen, da die griechische Philosophie ihre Aufmerksamkeit vielmehr auf das Object richtet, welches der Wille anstrebt, und je nach der Beschaffenheit des Zieles der Willensbestimmung (Aristoteles), oder nach der Beschaffenheit des geistigen Vermögens, auf dessen Thätigkeit die Willensbestimmung einwirkt, resp. nach der Modalität dieser Einwirkung (Plato), oder endlich nach der Art des Verhaltens der Willensbestimmung zu ihrem practischen Objecte (Stoiker) die Ethik in ihre Bestandtheile zerlegt. Indem nun so die griechische Philosophie den alleinig richtigen Weg verfehlt, der zu einer wahrheitsgemäßen Abgränzung des Rechtes nach Außen hin führt, so entzieht sie selbst sich die Möglichkeit, die wesenbestimmenden materialen Merkmale des Rechtes erschöpfend und angemessen sich zu vergegenwärtigen, vielmehr wird nun die Forschung ganz unabwendbar nach einer falschen Richtung hin geleitet.

Unter den materialen Merkmalen des Rechtes tritt nun zunächst das Criterium hervor, daß das Recht eine durch den Willen der Staatsgewalt constituirte Norm ist. Das Verkennen dieses Merkmales Seitens der griechischen Philosophie erscheint als die erste Folge jenes Irrthumes über die Abgränzung des

232) Die moderne Gränzlinie des Rechtes trat bereits dem Plato vor Augen, allein er verwarf sie; vergl. namentlich de Rep. IV. p. 443. c. d. St. Auch die Stoiker näherten sich derselben in dem Gegensatze der κατορθώματα und καθήκοντα, vergl. §. 38., allein ohne wesentlichen Gewinn. Indem Aristoteles das Recht als ein ἴσον κατ' αὐτὸ τὸ πρᾶγμα der Gesammtheit der übrigen ethischen Gebote als einem ἴσον πρὸς ἡμᾶς gegenüberstellt (§. 24.), so stellt er hiermit ganz richtig den Unterschied im Character des Rechts- und des Moralgesetzes fest, allein die Gränze zwischen Beiden bleibt seiner Erkentniß verborgen. — Wegen Cicero vergl. §. 38. und 40. Wegen der römisch. Juristen §. 64.

Rechtes, steht jedoch zugleich auch im innigsten Wechselzusammenhange mit dem Verkennen der formalen Pertinenz des Rechtes. Wenn gleich daher die antike Philosophie in dem νόμιμον ein Merkmal des Rechtes anerkennt, so bleibt doch diese Bestimmung für die Erkenntniß der Wahrheit fruchtlos, weil der Begriff des νόμος nicht auf das staatliche Gesetz sich beschränkt und somit dem Rechte mit allen ethischen Geboten gemein ist. Zwar finden wir, daß bereits der Skepticismus in diesem Punkte das Wahre erkannte, und das Recht lediglich auf die durch ein staatliches Gesetz constituirte Norm beschränkte; allein weil einerseits die Skeptiker alles absolute Element sowohl im Rechte selbst, wie auch in der Rechtsmaterie an sich schlechthin negirten, andrerseits aber die griechische Philosophie zur Erkenntniß der Distinction zwischen dem wirklichen Rechte und der bloßen Rechtsmaterie nicht gelangte, und in Folge dessen in der Beschränkung des Rechtsbegriffes auf das positive Recht eine Verwerfung alles absoluten Rechtselementes überhaupt als nothwendige innere Consequenz auffaßte, so blieb jene von den Skeptikern erkannte Wahrheit fruchtlos für den Dogmatismus, weil dieser an der These eines absoluten Rechtselementes festhielt und damit zugleich auch die Erweiterung des Rechtsbegriffes selbst über die Gränze der staatlichen Sanction für unabweisbar erachten mußte.

Ein weiteres materiales Merkmal für Definirung des Rechtsbegriffes bot sodann die besondere Beschaffenheit der Verhältnisse, welche das Recht als ordnende Norm regelt. Da jedoch auch hier die richtige Erkenntniß und Würdigung der eigenthümlichen Wesenheit der Rechtsverhältnisse nicht möglich ist, ohne das Anerkenntniß des Ausganges des Rechtes von der Staatsgewalt und ohne die richtige Feststellung der Gränze, welche das Recht von den übrigen Theilen der Ethik scheidet, so hat die griechische Philosophie auch nicht vermocht, aus der Beschaffenheit der Rechtsverhältnisse ein Merkmal für die Bestimmung des Rechtsbegriffes zu gewinnen, vielmehr hat dieselbe erst auf Grund und nach Maaßgabe der auf anderem Wege bereits gewonnenen Merkmale des Rechts den Begriff des Rechtsverhältnisses festgestellt.

Das letzte materiale Merkmal endlich, welches nach Alle dem zur Wesenbestimmung des Rechtes der griechischen Philosophie

noch verblieb, mußte sonach nothwendig dem Gebiete der attributiven Disposition des Rechtes anheimfallen: indem das Recht ein Quale oder ein Quale und Quantum dem Einen als Recht, dem Anderen als Verbindlichkeit zuerkennt, so wurde die griechische Philosophie mit unausweichbarer innerer Nothwendigkeit dazu hingedrängt, in der Beschaffenheit dieses Quale und Quantum dasjenige Merkmal zu suchen und festzustellen, welches den Artunterschied des Rechtes in grundwesentlicher Weise begründet, und es mußte innerhalb des διανεμητικόν oder ἀπονεμητικόν das constitutive Merkmal des δίκαιον hervortreten. So nun erscheinen in der griechischen Philosophie Recht und Rechtsverhältniß bedingt dadurch, daß dasjenige Quale und Quantum sachlich möglich und denkbar ist, welches als dem Rechte eigenthümlich anerkannt wird.

Jenes Quale und Quantum selbst aber, welches das Recht den Personen einerseits als Befugniß, andrerseits als Verbindlichkeit zuspricht, läßt sich, — als ein auf alle Rechtsverhältnisse gleichmäßig sich beziehendes, logisches Allgemeines, — schlechterdings nicht als etwas Absolutes, sondern lediglich als ein Relatives setzen. Diese Wahrheit anerkennend, gleichzeitig aber auch von dem Bestreben geleitet, jenes Quale und Quantum in formal absoluter Weise zu bezeichnen, müssen daher Aristoteles, wie Pythagoras jenes Moment der Relativität in das Bezeichnete selbst hineinlegen und Beide wählen nun das μέσον, wie τοσοῦτον und τοιοῦτον als dasjenige materiale Relative, welches den Anforderungen logischer Allgemeinheit entspricht. Nach diesem Einen Relativen sollen daher bemessen werden alle jene tausendfältigen Regeln, welche durch die bunten und wechselvollen Constellationen eines rastlos wirbelnden Verkehres und durch die heterogensten Beziehungen und Interessen geboten sind: in ihm allein sollen jene vielgestaltigen Normen zusammentreffen gleich in einem Centrum, von welchem ab die Radien auslaufen, welche regelnd das Gebiet des Cirkels nach allen Richtungen hin zerlegen. An der inneren Unmöglichkeit dieses Unternehmens mußten Pythagoras und Aristoteles scheitern. Denn selbst ein sachlich Relatives läßt sich als gemeinsamer Maaßstab für alle Rechtsverhältnisse nicht setzen, weil diese schon ihrer Art nach so verschieden sind, daß ein Allgemeines bezüglich des durch das

Recht zugesprochenen Quale und Quantum nicht gegeben ist, während andrerseits wiederum in Solchem auch nicht ein Merkmal aufgefunden werden kann, welches einen wesentlichen Unterschied der Rechtsverhältnisse von den moralischen Verhältnissen begründete. Mit anderen Worten: Es giebt kein Princip, welches ebensowohl allein und ausschließlich, wie auch bezüglich aller Rechtsverhältnisse als maaßgebendes Princip des Rechtes für Zuerkennung eines Quale und Quantum sich statuiren läßt, da vielmehr in dieser Beziehung das Recht ebensowohl von mehrfachen, wie auch je nach der Artverschiedenheit der Verhältnisse von verschiedenen Principien geleitet wird.

Sonach erscheint der Weg an sich, den Pythagoras und Aristoteles bei der Begriffsbestimmung des Rechtes einschlugen, verfehlt, und dies tritt am Deutlichsten hervor, sobald wir jene Rechtsdefinitionen in die Form des apodictischen Urtheiles bringen und somit als Rechtsgesetz uns vergegenwärtigen. Denn dann lautet das Rechtsgesetz des Pythagoras: Gieb Jedem, was er Dir gegeben! Das des Aristoteles bezüglich des δίκαιον διορθωτικόν: Gieb Jedem, was er Dir gegeben oder Du Dir genommen! beide Gesetze aber sind in der That zwar Principien des Rechtes, allein sie genügen nicht, das Wesen des Letzteren zu erschöpfen, wie zu begränzen.

Den Fehler des Pythagoras und Aristoteles vermeiden Plato und die Stoiker, indem sie es bezüglich des durch das Recht zu attribuirenden Quantum und Quale zunächst völlig unentschieden lassen, ob allen Personen und in allen Rechtsverhältnissen Ein und Dasselbe oder ein Verschiedenes attribuirt wird, und ob dieses Maaß und diese Art des Zuerkannten ein Relatives oder Absolutes sei. Diese Bestimmung bleibt frei von dem Vorwurfe, den wir gegen Pythagoras und Aristoteles aussprachen, die vielgestaltigen Rechtsverhältnisse nach Einem Maaßstabe zu bemessen; oder mit anderen Worten: das διανέμειν τὴν ἀξίαν ἑκάστῳ, die Verbindlichkeit, Jedem das Seine zu gewähren, kann in Wahrheit als allgemeines Gebot des gesammten Rechtes aufgestellt werden, weil es eben Alles und gerade das umfaßt, was das Rechtsgesetz vorschreibt.

Allein dieser Sachverhalt beruht lediglich darauf, daß das διανεμητικον τὴν ἀξίαν ἑκάστῳ seine begriffliche Bestimmtheit

nicht in sich selbst trägt, sondern von dem vorausgesetzten Zweiten empfängt, auf welches der Begriff der ἀξία hinweist. Daher ist das gewonnene Resultat, in fehlerfreier Weise das von dem Rechte zugesprochene Quale und Quantum, und durch dieses wiederum das Wesen des Rechtes selbst bestimmt zu haben, an sich nur ein formales und rein logisches, indem dabei lediglich auf das Rechtsgesetz, als auf den die ἀξία bestimmenden Begriff verwiesen wird, sonach aber der wirkliche Werth und Gewinn der gegebenen Definition nothwendig bedingt erscheint durch die Determinirung des Rechtsgesetzes. Indem nun aber die Stoiker die Letztere zu geben nicht vermögen, so stellt sich auch jene Wesenbestimmung des Rechtes lediglich als ein sprachliches Manöver dar, angewandt, um die Unfähigkeit zu Lösung der gestellten Aufgabe zu verdecken.

So ergeben alle diese Betrachtungen das Resultat: die Nichtbeachtung theils der formalen Pertinenz des Rechtes, theils der absoluten Nothwendigkeit seiner Emanation von der Staatsgewalt, theils seiner Abgränzung zur Moral nöthigt die griechische Philosophie, das wesenbestimmende Merkmal des Rechtes in dem Gebiete der attributiven Disposition desselben aufzusuchen. Da jedoch in dieser Beziehung das von dem Rechte zugesprochene Quale und Quantum ein specifisches Merkmal von logischer Allgemeinheit schlechterdings nicht in sich trägt, so verschließt das Verfolgen jenes Weges alle Möglichkeit, jemals zu einer angemessenen Begriffsbestimmung des Rechtes zu gelangen. Diese Thatsache bewahrheiten die von der griechischen Philosophie aufgestellten Definitionen, indem die von Pythagoras und Aristoteles gegebenen dem Begriffe nicht adäquat sind, dagegen die Definitionen des Socrates, Plato und der Stoiker in letzter Instanz in einem Cirkel sich bewegen.

§. 33.

Fortsetzung.

(Resultat.)

Die vorhergehenden Paragraphen legten dar, daß und in Folge welcher Umstände das Bestreben der griechischen Philosophie erfolglos bleiben mußte, eine angemessene Definition vom

Rechte zu geben. Dieses Resultat selbst aber ist in seinem letzten Grunde bedingt dadurch, daß den griechischen Philosophen in der That auch eine unrichtige Vorstellung vom Rechte beiwohnte: das Nichtbeachten der formalen Pertinenz und der Nothwendigkeit seines Ausgehens von der Staatsgewalt, wie der Abgränzung von Recht und Moral beruht nicht auf einem einfachen Uebersehen dieser Merkmale, sondern auf einem wahren Verkennen derselben.

So nun erkennt die griechische Philosophie in Wirklichkeit einen Begriff vom Rechte an, der aller Wahrheit widerstreitet; sie statuirt als Recht eine Norm, der weder durch einen auf die Empirie gestützten Beweis eine wirkliche und actuelle Gültigkeit vindicirt, noch auch im Wege der Speculation ein Princip untergelegt werden konnte, aus dem ihre theoretische und virtuelle Gültigkeit sich ergäbe. Denn, selbst wenn man anerkennt, daß eine durchgreifende Beständigkeit und eine unwandelbare Treue als Regel und Gesetz die Weltordnung Gottes zu vollendeter Harmonie durchdringt, und daß in dieser auch ein Accord gegeben sei, der in ordnender Regel die menschlichen Verhältnisse zu einem Einklange vermittelt, so ergiebt doch diese wohlbegründete Wahrnehmung noch in keiner Weise die Consequenz, daß solche Regel eine weitere Anforderung an den Menschen enthalte, als sie selbst zu erkennen und ihre Verwirklichung als Recht durch die Sanction der Staatsgewalt anzustreben. Indem jedoch die griechische Philosophie diese wahre Bedeutung der absoluten Rechtsmaterie verkennt, vielmehr dieselbe als wirkliches und wahres Recht, als Vorschrift für das rechtliche Verhalten und als Anforderung an den Menschen in Bezug auf dessen Willensäußerung hinstellt, so gelangt hiermit die griechische Philosophie zu einer Vorstellung vom Rechte, welche dessen wahres Wesen vollständig verkennt, und welche in Verbindung mit der Unkenntniß des Gegensatzes von Recht und Moral eine der Wahrheit entsprechende Vorstellung vom Ersteren vollständig unmöglich machte[233]).

233) Wie allgemein diese Verlegenheit gefühlt ward, ergiebt sich aus den vielfachen Definitionen des Rechtes bei den Griechen, so z. B. des Dichters Simonides aus Keos, der die δικαιοσύνη nach Plut. bei Procl. in Hesiod.

In jener Sphäre des Irrthums sehen wir nun griechische Philosophie, bewußt des Irrthums, aber unklar über die irrigen Punkte selbst, in ihrem rastlosen Streben nach Erforschung höchster Wahrheit zu immer neuen Anstrengungen sich erheben, um zu einer befriedigenden Erkenntniß des Wesens des Rechtes zu gelangen. Die verschiedenfältigen Versuche zur Erreichung dieses Zieles offenbaren uns ein anhaltendes Ringen mit den verschiedensten Gedanken und deren vielfältigen Combinationen, zu denen das Gefühl einer ungenügenden Befriedigung an dem gewonnenen Resultate fortwährend auf's Neue anregt. So wendet sich in dem Bewußtsein der eigenen Unsicherheit die Philosophie selbst zur Psychologie, um in der Organisation des menschlichen Geistes eine sichere, feste, zweifelsfreie Basis und einen objectiven Stützpunkt für das Recht zu finden. Allein die Möglichkeit, ein Resultat zu gewinnen, welches allen inneren Widerstreit genügend zu beseitigen vermöchte, ist vereitelt durch das hartnäckige Festhalten an den hervorgehobenen falschen Hauptthesen, und am Endpunkte aller Untersuchung sieht die Philosophie sich selbst zu dem Geständnisse der Unfruchtbarkeit ihrer Forschung genöthigt, indem sie die Völker an das Urtheil des moralischen Weisen verweist, der in dieser Verweisung an sich selbst zugleich seine eigene Unfähigkeit bekennt, die übernommene Belehrung zu geben.

So besteht das Verdienst der griechischen Rechtsphilosophie nicht darin, das erste der von ihr sich gestellten rechtsphilosophischen Probleme genügend gelöst zu haben, als vielmehr darin, die Richtung des wissenschaftlichen Denkens auf einen wichtigen Punkt gelenkt zu haben, auf jene Wahrheit nämlich, daß nicht

---

389. definirt als τὸ τοὺς φίλους εὖ ποιεῖν, oder nach Plato de Rep. I. p. 331. d. 332. a. b. d. das δίκαιον als: τὸ τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι, d. i. τὸ τοῖς φίλοις ὀφέλλειν ἀγαθόν und τοῖς ἐχθροῖς κακόν, oder τὸ τοὺς φίλους ἄρα εὖ ποιεῖν καὶ τοὺς ἐχθροὺς κακῶς, wozu vergl. Socrates nach Xen. Mem. IV, 2, 13.: ἀνδρὸς ἀρετὴν εἶναι, νικᾶν τοὺς μὲν φίλους εὖ ποιοῦντα, τοὺς δὲ ἐχθροὺς κακῶς, wo überall das ἀντιπεπονθὸς ἄλλῳ des Pythagoras hindurchblickt. Ferner die Definitionen der δικαιοσύνη bei Plato de Rep. I. p. 331. c. d. als: ἡ ἀλήθεια καὶ τὸ ἀποδιδόναι ἄν τις τι παρά του λάβῃ oder ἀληθῆ τε λέγειν καὶ ἃ ἂν λάβοι τις ἀποδιδόναι; u. a. m.

eine ungeordnete, unorganische Masse von Satzungen ohne innere Verbindung und höheren Zusammenhang, nicht ein Product des Zufalles oder der Willkühr in dem Rechte sich uns darbietet, sondern daß bestimmte, allgemein leitende Principien die Masse des gegebenen Stoffes durchdringen und beherrschen, und daß diese Principien auf einer höheren, unwandelbaren, absoluten Ordnung der Dinge beruhen.

Und dieser Gedanke ist es, der in dem Geiste der römischen Jurisprudenz zum fruchtbringenden Keime sich gestaltete durch eine bewunderungswerthe Cultur, die ihm zu Theil wird.

Insoweit nun stellt sich das durch unseren gegenwärtigen Standpunkt bedingte Interesse an den Resultaten der Forschung der griechischen Philosophie über das Wesen des Rechtes als ein nur mittelbares dar. Allein in Wahrheit ist bei den von Aristoteles und den Stoikern gewonnenen Resultaten das gesammte classische Alterthum stehen geblieben und weder ein Cicero und die gesammte spätere Philosophie (mit Ausnahme der Skeptiker), noch auch die römische Jurisprudenz haben vermocht, auf dem Gebiete der Speculation jene alten Irrthümer zu beseitigen und neue Wahrheiten zu entdecken. Und dies ist der Grund, weshalb jene Forschungen der griechischen Philosophie auch für unsere gegenwärtigen Zwecke von unmittelbarem Interesse sind, und der Grund zugleich, der unser obiges weiteres Eingehen auf jene Untersuchungen der Griechen rechtfertigt.

§. 34.

Fortsetzung.

(Resultat.)

Inmitten der auf die Lösung des ersten rechtsphilosophischen Problemes gerichteten Untersuchungen der Griechen tritt auch bereits das zweite jener Probleme und mit ihm der Cardinalpunkt unserer Betrachtung, die Lehre von dem Naturrechte zu Tage.

Die Lehre der griechischen Philosophie vom Naturrechte umschließt eine doppelte, an sich ganz verschiedene Erwägung, über den Ursprung des Rechtes nämlich und über dessen Qualität, und in gleicher Maaße sind auch wiederum die Gesichtspunkte, von denen die Untersuchung dieser doppelten Beziehung des



Rechtes ausgeht, verschieden. Daher ist die Richtung, nach welcher hin die Reflexion sich bewegt, eine mehrfach verschiedene und divergirende, allein alle Linien, die dieselbe beschreibt, laufen zusammen in Einem Endpunkte, in dem Begriffe des Naturrechtes und resp. seines Gegensatzes.

Fassen wir nun vor Allem diese Elemente selbst jener Lehre näher in's Auge, so ist der leitende Gesichtspunkt, nach welchem die Qualität des Rechtes bestimmt wird, ein doppelter: der Gesichtspunkt einer prüfenden Werthschätzung des Rechtes nach Maaßgabe seines Verhaltens zu den Anforderungen höchster Wahrheit einestheils, sowie seiner Abhängigkeit von den Einflüssen nationaler Sitte und Gesetzgebung anderntheils. Zunächst die werthschätzende Beurtheilung des Rechtes stellt als den Maaßstab ihrer Schätzung die höchste und letzte Wahrheit auf dem Gebiete des Rechtes auf und führt zu der Wahrnehmung, wie der eine Theil des gegebenen Rechtes in vollkommener Uebereinstimmung steht mit denjenigen Anforderungen, welche laut einer inneren Stimme des Urtheilenden und gemäß dessen ureigenster Ueberzeugung als höchst recht und angemessen den betreffenden Verhältnissen zu gelten haben, wie dagegen ein anderer Theil des Rechtes diesen Postulaten gegenüber widersprechend oder gleichgültig sich verhält, während andrerseits wiederum diese Ueberzeugung mitunter ein Mehreres erfordert, als von dem Rechte überhaupt gesetzt und ausgesprochen ist. Die Spuren einer derartigen Reflexion lassen sich zwar in den rechtsphilosophischen Systemen der Griechen erkennen (Plato, Aristoteles, Stoiker), allein eine besondere Bezeichnung der daraus sich ergebenden doppelten Qualität des Rechtes, wofür wir selbst die Ausdrücke absolute und relative Rechtsmaterie wählen können, mangelt in der griechischen Philosophie, vielmehr vertreten die Benennungen, welche den anderen hier in Frage gezogenen Eintheilungen des Rechtes angehören, zugleich auch jene zwiefache Qualität desselben.

Sodann die Beurtheilung des Rechtes nach dem Maaßstabe seiner Abhängigkeit von den Einflüssen nationaler Sitte und Gesetzgebung ergiebt theils eine Rechtsmaterie, welche zu allen Zeiten, wie bei allen Völkern die nämliche ist, theils eine Rechtsmaterie, welche, je bei den verschiedenen Völkern verschieden, einen wesentlich national-individuellen Typus an sich

trägt. Diese doppelte Qualität wird aber von der griechischen Philosophie ebensowohl besonders anerkannt und hervorgehoben (Socrates, Plato, Aristoteles, Epikur, Stoiker), wie auch durch eine besondere Terminologie vertreten (δίκαιον κοινόν — ἴδιον). Dabei haben wir jedoch diese Merkmale überwiegend nur als potentielle Criterien und somit als rein speculative aufzufassen, und selbst wenn von den griechischen Philosophen im Einzelnen ein Nachweis der thatsächlichen Wirklichkeit jener Allgemeingültigkeit unternommen worden sein sollte (wie es scheint z. B. von Socrates), so können wir doch selbst derartigen Bestrebungen nur eine untergeordnetere Bedeutung beimessen, da die griechische Philosophie im Wesentlichen dem Gebiete des Empirischen fern stand.

Die Speculation sodann über den Ursprung des Rechtes stellt die vierfache Frage: Wann, und durch welche Potenz, und in welcher Form ist das Recht entstanden, und offenbart? und beantwortet diese Fragen dahin: Das Recht ist theils ein urerstes (πρῶτον δίκαιον), theils ist es ein später constituirtes; es ist sodann theils von der φύσις, d. i. von Gott gegeben (φύσει, φυσικὸν δίκαιον), theils ist es von den Menschen und durch den νόμος d. i. durch menschliche Satzung constituirt worden (θέσει, ἀνθρώπινον, νομικὸν δίκαιον); es ist ferner theils ohne, theils durch schriftliche Form entstanden, theils endlich ohne, theils in schriftlicher Form offenbart (ἄγραφον und γεγραμμένον δίκαιον). Diese Beantwortungen der angegebenen vier Fragen dürfen indeß nur ganz im Allgemeinen als das Gesammtresultat der einschlagenden Reflexionen der griechischen Philosophie angesehen werden, müssen dagegen im Besonderen mehrfachen Modificationen unterworfen werden. Die erste derselben wird dadurch gegeben, daß ein Theil der Philosophie entweder allem Rechte jenen höheren Ursprung vindicirte (Heraclit, Pythagoras), oder allem Rechte diesen Ursprung absprach (Archelaus, Democrit, Cyrenaiker, Epikur, wie die Skeptiker und Sophisten). Die zweite Modification ist dadurch bedingt, daß bei den im Uebrigen noch in Betracht kommenden Philosophen (Socrates, Plato, Aristoteles, Stoiker) jene Fragen in Folge anderer, auf sie zurückwirkender höherer Voraussetzungen mitunter eine ihren Sinn in besonderer Weise bestim-

mende Beziehung erhalten und in Folge dessen bei ihnen auch eine eigenthümliche Terminologie hervortritt, was namentlich von Plato gilt, der das höhere Rechtselement, das eigentliche δίκαιον, als Abbild der Idee betrachtet, dem menschlichen Geiste als Begriff eingeboren und durch Contemplation zur Anschauung entwickelt sein läßt, während das andere Element der Idee fremd, auf willkührlicher, freibeliebter Satzung beruht und ein ἄνομον δίκαιον ist. Die dritte und vierte Modification beruht darin, daß nicht alle von jenen Fragen abhängigen Reflexionen bei jenen in Betracht verbleibenden Philosophen gemeinsam sich vorfinden, noch auch, insoweit sie sich vorfinden, die aus ihnen sich ergebenden Gegensätze des Rechtes gleichmäßig hervortreten (so bei Socrates νόμοι πόλεως oppos. ἄγραφοι νόμοι), indem namentlich die erste und letzte jener vier Fragen in beider Beziehung eine nur untergeordnetere Stellung einnimmt (die erste nur bei Aristoteles und bei ihm nur als πρῶτον δίκαιον ohne entsprechenden Gegensatz; die letzte nur bei Socrates, bei den Stoikern gar nicht[234]), bei Plato und Aristoteles ohne wesentliche speculative Beziehung). Die Bezeichnung des φύσει δίκαιον insbesondere, welche ein vornämliches Interesse dadurch gewinnt, daß sie als jus naturale auf die Römer überging und weiterhin als die verwerfliche Bezeichnung Naturrecht uns selbst überliefert ward, stammt von den Physiologen her (vergl. Archelaus in §. 17) und ist von diesen unter Modificirung ihres ursprünglichen Sinnes an die spätere Philosophie vererbt worden (Philolaus, Cyrenaiker, Aristoteles, Stoiker, Carneades), dagegen die Bezeichnung ἄγραφον δίκαιον, welche ebenfalls in die römische Wissenschaft überging, scheint von Socrates ihren Ausgang genommen zu haben und kehrt ebenfalls, obwohl in verschiedenem Sinnen, bei den Späteren wieder (Archytas, Plato, Aristoteles, Stoiker).

Da nun jene Reflexion nach der Qualität des Rechtes mit untergeordneter Ausnahme (Epikur) ganz im Dienste der Speculation über den Ursprung des Rechtes steht, und im Wesentlichen lediglich folgemäßige Merkmale den Resultaten der Letzte-

234) Diese Negation gilt jedoch nur nach dem Stande unserer Quellen; nach der Characterisirung der summa lex bei Cicero (§. 37) bin ich vielmehr geneigt, auf das Gegentheil zu schließen.



ren beifügt; da ferner in dieser letzteren Beziehung die Fragen nach dem zeitlichen Entstandensein des Rechtes, wie bezüglich der Form desselben beherrscht werden von der These eines göttlichen und menschlichen Ursprunges des δίκαιον, so fällt ebensowohl jene von uns geschiedene doppelte Reflexion der Sphäre des zweiten der von der griechischen Rechtsphilosophie aufgestellten Probleme anheim, wie auch innerhalb dieses Problemes die Idee eines Natur- oder göttlichen Rechtes den Mittelpunkt bildet, um welchen herum alle übrigen Fragen in innerer Abhängigkeit sich gruppiren. Dieses Abhängigkeitsverhältniß selbst aber läßt sich im Besonderen dahin näher feststellen, daß der Begriff des von Gott ausgegangenen oder auf der φύσις beruhenden Rechts den maaßgebenden und bestimmenden Begriff innerhalb dieses zweiten Problemes bildet, dem gegenüber die übrigen Resultate der damit verknüpften Reflexionen als die folgemäßigen Merkmale sich verhalten, daher wir diesen Thatbestand in der Begriffsbestimmung uns vergegenwärtigen können: das φύσει δίκαιον ist ein von Gott ausgegangenes oder auf der φύσις beruhendes Recht, welches demgemäß ein urerstes, nicht durch äußere Form in's Dasein gerufenes, absolutes, gleichmäßig zu allen Zeiten und bei allen Völkern zur Herrschaft berufenes, eine äußere Form seiner Offenbarung nicht nothwendig erforderndes Recht ist. Dagegen die entsprechenden Gegensätze ergeben den Begriff des θέσει oder γεγραμμένον δίκαιον.

Wenn wir daher diese Wesenbestimmung des φύσει oder ἄγραφον δίκαιον als das Gesammtresultat der einschlagenden Forschungen der griechischen Philosophie hinstellen, so sind doch dem gegenüber ebensowohl die Modificationen im Auge zu behalten, die wir bereits oben hervorhoben, wie andrerseits auch der Umstand in Betracht zu ziehen ist, daß jene Wahrheit mehrfach verhüllt und getrübt wird, dadurch, daß die Bezeichnungen und Bestimmungen jenes Naturrechtes öfter der Sphäre eines abgeleiteten Merkmales entlehnt sind (namentlich ἄγραφον δίκαιον), hierdurch aber das Letztere gegenüber dem zu definirenden Begriffe scheinbar zum grundwesentlichen Merkmale sich erhebt. Dennoch glauben wir dieser Erscheinung gegenüber das von uns festgestellte logische Verhältniß als das richtige fest-

halten zu dürfen, und wir thun dies mit um so mehr Nachdruck, als unsere eigene Wahrnehmung der klaren Erkenntniß des späteren Alterthumes mehrfach sich entzog und hierin zugleich wir einen der mitwirkenden Factoren zu erblicken haben, der durch Verrückung des logischen Verhältnisses von grundwesentlichem und abgeleitetem Merkmale die römische Jurisprudenz in jene unsägliche Verwirrung stürzte, deren endliche Aufklärung, Feststellung und Beseitigung die Hauptaufgabe dieses Werkes bildet.

Die Lehre vom φύσει oder ἄγραφον δίκαιον der griechischen Philosophie unterliegt nun dem Einflusse der verfehlten Definirung des Rechtsbegriffes selbst insofern, als das Verkennen der formalen Pertinenz des Rechtes und seines nothwendigen Ausganges von der Staatsgewalt die Frage nach der sei es bereits verwirklichten, sei es noch zu verwirklichenden absoluten Rechtsmaterie in die Lehre von einem besonderen Rechte, dem Naturrechte, hinüberleitete. So verwandelt sich jene der Satzung des Staates inwohnende oder noch einzufügende Materie von absoluter und höchster Rechtswahrheit in eine neben, ja über dem Gesetze im Staate stehende, selbstständig herrschende ethische Potenz, somit in eine Norm, welche in Ordnung der rechtlichen Verhältnisse mit dem staatlichen Gesetze selbst concurrirt, ja als absolutes Gesetz das Letztere im Falle des Widerstreites sogar überwindet. Dem entsprechend kann daher dieses Recht auch unabhängig von staatlicher Sanction in einem Stadium rein übersinnlicher Unmittelbarkeit existiren und vermag frei von aller formalen Pertinenz lediglich im Reiche der Idee sich zu offenbaren[235]. Die Möglichkeit aber, daß auf solchem rein übersinnlichen Wege und ohne äußeres Medium dieses Recht der Kenntniß der ihm Unterworfenen sich vermittelt, beruht darauf, daß die Organisation des menschlichen Geistes, das in dem λόγος ihm inwohnende Vermögen, die Erkenntniß dieses Rechtes mit einer mehr oder minder unmittelbaren Nothwendigkeit be-

235) Nach Socrates entbehrt dies höhere Recht der äußeren rechtsconstituirenden Form schlechthin, indem die Letztere nur der staatlichen Satzung zukömmt; während Plato, Aristoteles und die Stoiker die rechtsconstituirende Form als indifferent für jenes absolute Recht ansehen, und solches ebensowohl mit, als ohne jene Form gleichmäßig anerkennen.



dingt, oder daß im Nothfalle und für diejenigen, bei welchen jene Empfänglichkeit nur ungenügend ausgebildet ist, die Kenntnißnahme jenes Rechtes durch den moralisch Gebildeten vermittelt wird. Der Grund aber der Herrschaft und bindenden Kraft dieses übersinnlichen Rechtsgesetzes beruht in dessen Ausgange von Gott selbst, auf den es in letzter Quelle sich zurückführt, wie auf seiner ethischen Qualität, in der es als Bestandtheil des absolut Guten und als unmittelbare Anforderung an den rechtlichen Willen des Menschen sich darstellt.

Dahingegen das nur auf menschlicher Satzung beruhende Recht erscheint als Product des Zufalles oder der mechanischen Einwirkung geschichtlich gegebener Verhältnisse, des Beliebens oder des wohlerwogenen Ermessens von Nützlichkeitsrücksichten, als eine Schöpfung, welche, der absoluten Wahrheit und Gemeingültigkeit bar, lediglich auf die legislative Gewalt im Staate ihre Herrschaft stützt [236].

Dies ist die Lehre von dem Naturrechte in der griechischen Philosophie. Dieselbe geht aus von dem leitenden Gedanken, daß die in dem Rechte sich offenbarende Satzung auf einer höheren Basis einer gesetzvollen Ordnung der Dinge beruht, als solche in den Vorstellungen des Volkes, wie des Gesetzgebers gefunden werden kann, daß vielmehr in dem Gesetze Gottes selbst eine Beziehung gegeben sei, welche als ordnende Norm die gegenseitigen Verhältnisse der Menschen regelnd gestalte und beherrsche. Dieser Gedanke ist erhaben und würdig der Philosophie Griechenlands und, indem derselbe einen Kern unbestreitbarer Wahrheit birgt, wird er wenigstens nicht widerlegt durch den Skepticismus, der seine Gegengründe in dem Einflusse der nationalen Sitten, Einrichtungen und Gesetze auf die Bestimmungen des Rechtes findet, da die Existenz eines gemeinsamen Objectes der Erkenntniß nicht widerlegt wird durch die in Folge der Subjectivität der Erkenntniß selbst zu Tage tretende Verschiedenheit der menschlichen Ansichten über jenes

236) Jedoch liegt nach Socrates der Grund zur Befolgung der νόμοι πόλεως nicht bloß in deren Character als bindender Vorschriften der Staatsgewalt, sondern in dem allgemeinen Gebote des Sittengesetzes, das positive Gesetz, auch wenn dies dem καλὸν κἀγαθόν nicht angehört, zu befolgen.

Object. Die erste Entstehung jenes Grundgedankens fiel in eine vorphilosophische Zeit, indem wir denselben bereits in der griechischen Nationalsage verhüllt vorfanden; von hier aus geht jene Idee in die Philosophie selbst über und erhält hier jene irrthümliche Wendung, welche in jenem höheren Rechtselemente ein wahres und wirkliches Recht erkennen läßt; und diese Lehre wiederum durchdringt nun allmählig die Anschauungsweise des gesammten griechischen Geisteslebens, hier ihre deutlichen Spuren zurücklassend [237]). Alle diese Canäle leiten endlich diese Lehre in die Speculation der Römer über unter der Vermittelung Cicero's, dessen Stellung gegenüber jenen Dogmen den nächsten Gegenstand unserer Erörterung bildet.

Indem wir uns nun schließlich zu der Frage nach dem Rechtssubjecte wenden, so erkennt als solches die gesammte griechische Philosophie den Menschen an, mit Ausnahme des Pythagoras und Empedocles, welche die entgegenstehende Ansicht eines zwischen Mensch und Thier gemeinsamen und in dieser Gemeinsamkeit auf natürlicher Grundlage beruhenden Rechtes vertreten. Allein auch innerhalb der Lehre, welche dem Menschen allein die Rechtsfähigkeit zuerkennt, waltet eine wesentliche Meinungsverschiedenheit in der griechischen Philosophie ob, insofern bis auf Aristoteles und Epikur herab alle Philosophen die Theilnahme am Rechte in Beziehung setzen zur Civität der Person, während die Stoiker auf die Eigenschaft als Mensch allein die Rechtsfähigkeit fundiren und in dieser letzteren Auffassung einen Gedanken in's Dasein rufen, den wir als einen

---

237) Vergl. z. B. Demosthenes adv. Aristocr. p. 639, 22. Reisk.: φανερῶς παράνομον, οὐ μόνον παρὰ τὸν γεγραμμένον νόμον, ἀλλὰ καὶ παρὰ τὸν κοινὸν ἁπάντων ἀνθρώπων (legibus manifeste contrarium, non solum scriptae, sed et communi omnium hominum); Sophocl. Antig. 452. sq., wo Antigene ihre Behauptung, daß es Rechtens sei, den Polynices zu begraben, durch die Worte unterstützt: οὐδὲ σθένειν τοσοῦτον ᾠόμην τὰ σὰ Κηρύγμαθ' ὥστ' ἄγραπτα κἀσφαλῆ θεῶν Νόμιμα δύνασθαι θνητὸν ὄνθ' ὑπερδραμεῖν. Οὐ γάρ τι νῦν γε κἀχθὲς, ἀλλ' ἀεί ποτε Ζῇ ταῦτα, κοὐδεὶς οἶδεν ἐξ ὅτου 'φάνη (neque tantum valere credidi tua edicta, ut non scriptas firmasque Deorum leges, mortalis quum sis, queas violare. Non enim heri quidem fixae illae sunt aut nudius tertius, sed vigent ab omni aevo, nec novit quisquam ex quanto tempore prodierunt); ferner Eurip. Dict. v. 28. sq. Isocr. except. adv. Callim.

der bedeutungsvollsten und practisch folgereichsten für das gesammte Alterthum in §. 46 weiter darlegen werden.

Zweite Abtheilung.

Die Lehre Cicero's vom jus naturale.

§. 35.

Stellung der Philosophie Cicero's im Allgemeinen.

Die philosophischen Lehren Griechenlands gelangten mit dem 7. Jahrh. d. St. nach Rom. Ursprünglich nur einzelnen Auserwählten vornämlich durch den persönlichen Umgang mit griechischen Philosophen zugängig, gehört vor Allen Cicero zu den Begünstigten, denen es gestattet war, in solchem Verkehre ihren Geist zu bilden. Der belehrende Unterricht sowohl von Epicuräern und Academikern, wie namentlich auch des Stoikers Posidonius in Verbindung mit der Lectüre von Werken der hervorragenden griechischen Philosophen diente dem Cicero, den Studien seiner Jugend die sichere Unterlage und jenen tiefen Gehalt zu geben, der in allen seinen Werken hervorleuchtet, mochte aber gleichzeitig auch die eklectische Richtung bestimmen, welcher Cicero bis an sein Lebensende treu blieb.

Das Mannesalter führte den Cicero empor zu den höchsten Würden des Staates, und die Berufsgeschäfte der Magistratur und der senatorischen Würde, wie die rege Thätigkeit als Orator raubten ihm die Muße, den philosophischen Lehren seine Zeit und seine Bestrebungen ferner noch in ausgedehnterem Maaße zu widmen. Erst als die Republik der Tyrannis des Caesar anheimfiel und hiermit der staatsmännischen Thätigkeit Cicero's ein Ziel gesetzt ward, erst da kehrte er zurück zu den Studien seiner Jugend, um in der Beschäftigung mit der Wissenschaft der Weisheit Trost und Ruhe zu finden inmitten der Stürme, die den Staat zu entwurzeln drohten.

Solches war die Veranlassung für Cicero, in den späteren Jahren den Studien der griechischen Philosophie sich mit erhöhtem Eifer wieder zu widmen, eine Veranlassung, die er selbst mit kurzen, aber ergreifenden Worten in de Offic. II, 1. III, 1. de

Divin. II, 1. [238]) darlegt. Allein der Zweck, den Cicero bei diesen seinen philosophischen Bestrebungen und insbesondere bei Abfassung der denselben anheimfallenden Werke im Auge hatte, war ein noch höherer und edlerer. Als trefflicher Staatsmann den reißenden Verfall der Republik erkennend, als guter Patriot vom tiefsten Schmerz ergriffen, und beseelt von dem Streben, neues Leben dem in seiner Zersetzung begriffenen Organismus einzuhauchen, unternahm es Cicero, mit Hülfe der Philosophie eine Reform der politischen Zustände herbeizuführen. Erkennend, daß das Uebel der Republik in einer Krankheit der Wurzeln beruhte, war ihm die Hebung des sittlichen Zustandes der Nation bei seinen Bestrebungen ebensowohl Mittel wie Selbstzweck, und als Hebel hierfür, als ethische Grundlage wählte Cicero die Lehrsätze der griechischen Philosophie. So diente bei den Werken de Republica, de Legibus, de Finibus bonorum et malorum, de Officiis, de Natura Deorum die Philosophie als Mittel, zunächst die sittlichen, und in weiterer Folge die politischen Zustände der Nation zu heben. Ueber diesen Zweck spricht sich Cicero de Rep. III, 29. V, 1. Tusc. I, 3. II, 3. de N. D. I, 4. de Fin. I, 3. fin., de Offic. II, 2. Acad. I, 3, 11., sowie insbesondere de Divin. II, 2, 4. u. de Leg. I, 13, 37 [239]) mit Bestimmtheit aus, und derselbe leuchtet aus allen philosophischen Werken unzweideutig hervor [240]).

Nach allen den angegebenen Momenten haben wir aber die Stellung Cicero's zur Philosophie zu beurtheilen: überwiegend nur die practische Philosophie, die Ethik und Politik ist es, welcher Cicero seine literärischen Bestrebungen widmet und selbst hierbei bieten sich die philosophischen Forschungen nicht um ihrer

238) Anderweite Citate s. bei Stahr, Aristot. unter den Römern, p. 39. not. 1.

239) de Divin. cit.: Quod enim munus reipublicae adferre majus meliusve possumus, quam si docemus atque erudimus juventutem? His praesertim temporibus atque moribus, quibus ita prolapsa est, ut omnium opibus refrenanda ac coërcenda sit. de Leg. cit.: Ad res publicas firmandas et ad stabiliendas vires, sanandos populos omnis nostra pergit oratio.

240) Abweichend ist die Ansicht von Stahr, Aristotelia II, p. 142. Arist. unter den Römern p. 40.; allein derselbe unterschätzt offenbar den Zweck der Bestrebungen Cicero's.

selbst willen dar, sondern vornämlich nur als Mittel für weitere Zwecke. So erscheint zunächst dieser Gesichtspunkt Cicero's wesentlich verschieden von dem der griechischen Philosophie: während die Letztere, erfüllt vom Drang nach Wahrheit, voll Lust und Liebe zur Speculation, in unermüdeter Anstrengung des Denkens dem letzten Grunde der Dinge nachgeht und in dem Wissen desselben das endliche Ziel ihres Strebens findet, den practischen Erfolg ihrer Erörterungen dagegen nur beiläufig und unterordnend in's Auge faßt, so wird bei Cicero das letzte Ziel seiner Reflexion ein durchaus practisches, während die Speculation nur die erforderten Hülfsmittel dafür bieten soll.

Hiermit steht in inniger Verbindung der durchgreifende Eklekticismus Cicero's, der, begründet wohl durch die Vielseitigkeit seiner philosophischen Jugendstudien, durch das von ihm angestrebte Ziel wesentlich gefördert werden mochte. Für die Aufstellung eines neuen philosophischen Systemes fehlte dem Cicero die äußere, wie auch die innere Veranlassung, vielmehr ward sein Philosophiren bestimmt von der Rücksicht, durch Auswahl des Edelsten und Besten der bereits gefundenen Wahrheiten den verfolgten Zweck am Kräftigsten zu fördern. So gleichen die philosophischen Werke Cicero's einer Blumenlese, welche die schönsten Blüthen griechischer Speculation zu duftendem Kranze kunstvoll verschlingt.

Vornämlich Plato, Aristoteles und vor Allem die Stoiker sind es, deren Lehrsätze Cicero mit gewandter Fügung verbindet und deren Ideen oft in der unmittelbarsten Aufeinanderfolge fast unmerklich in einander übergehen. Allein in der Gesammtheit der Werke Cicero's vermissen wir, was den Producten des Eklekticismus so häufig mangelt: es fehlt die durchgreifende Einheit, welche das Resultat ist der eigenen freien Verarbeitung der leitenden Ideen. Und gleichwie die Systeme selbst, deren Resultate Cicero vereinigt, einander widersprechend und fremd in vielen Punkten gegenüberstehen, so blickt nicht allein der Widerspruch, der in den leitenden Fundamentaldogmen jener Systeme herrscht, auch durch die von Cicero adoptirten Folgesätze hindurch, sondern Cicero unterliegt auch der Gefahr, welche jedem Eklektiker droht: er nimmt in das eine seiner Werke Sätze auf, welche den in dem anderen Werke bereits ausgesprochenen

Lehren direct widerstreiten und das Bild eines völlig unlösbaren Widerspruches bieten.

So würden wir bei Cicero vergeblich ein selbstständiges Vorgehen auf der Bahn der Wahrheit suchen; ein ureignes Forschen zu Lösung der Probleme, ein unabhängiges Eingehen in die Tiefen der Speculation vermissen wir: wir finden im Wesentlichen nur einen Bau, der aus fremdem Materiale errichtet ist. Allein immerhin bewundern wir die Kunst des Werkes und den feinen Geschmack seines Meisters, der das Schönste, was die Philosophie ihm bot, zu einem in seinen einzelnen Theilen ansprechenden und würdevollen Ganzen zusammengefügt.

§. 36.

Grundlagen der Ethik Cicero's.

Auf drei Hauptpfeilern ruht das Gebäude der ethischen Lehre Cicero's: den Büchern de Finibus bonorum et malorum, de Officiis und de Legibus, und alle diese Werke sind einem doppelten Gesichtspunkte unterzuordnen.

Die Gesammtheit der ethischen Lehren ward nämlich zuerst von den Stoikern in zwei Theile zerlegt: in den theoretischen und den practischen [241]). Der theoretische und allgemeine Theil, die pars contemplativa, δογματική, behandelt die Fundamentalsätze der Ethik, die decreta oder δόγματα, auch scita, placita genannt. Seine Hauptaufgabe bildet die Erforschung des höchsten Gutes, woneben alle Fragen allgemeinerer Beschaffenheit ihm anheimfallen, so namentlich die Erörterung über das Wesen und die Natur der Pflichten im Allgemeinen, daher Fragen, wie: omniane officia perfecta sint? num quid officium aliud alio majus sit? [242]) und dergl. Cicero, jener Eintheilung folgend, hat diesen decreta philosophiae vornämlich die Bücher de Finibus bonorum et malorum gewidmet [243]), dabei jedoch die diesem Theile angehörige Untersuchung über das ethische Gesetz selbst im ersten Buche de Legibus besonders behandelt.

241) Diese für die Beurtheilung der moralphilosophischen Schriften Cicero's nicht unwichtige Bemerkung bietet Senec. Epist. XCIV. XCV., dessen reichhaltige Notizen hierüber zu vergleichen sind.

242) Cic. de Off. I, 3. Senec. Ep. XCV.

243) de Fin. I, 4.

Der practische und besondere Theil der Ethik, die pars praeceptiva, παραινετική, auch activa genannt, begriff die praecepta philosophiae und beschäftigte sich namentlich mit der Anwendung und Uebertragung des im ersten Theile gewonnenen Resultates auf die Verhältnisse des Verkehres und Lebens und den danach für den Menschen sich ergebenden besonderen Pflichten, womit zugleich die die Ethik betreffenden Nebenfragen verbunden wurden [244]. Im Einzelnen scheint hierbei das Verfahren wiederum ein doppeltes gewesen zu sein, indem man entweder die Pflichten je nach den besonderen Verhältnissen des Lebens erörterte, so daß dann dieser Theil der Philosophie z. B. die Fragen erörterte: quomodo maritus se gerat adversus uxorem; quomodo pater educet liberos; quomodo dominus servos regat [245]; oder indem man die Pflichten nach abstracteren leitenden Gesichtspunkten erörterte. Den letzteren Weg schlug Panaetius in seinem Werke über die καθήκοντα ein, indem er, die Qualität der Handlungen in's Auge fassend, solche nach dem Gesichtspunkte der honestas, utilitas und des Widerspruches zwischen Beiden erörterte. Diese Untersuchung giebt Cicero in seinen Büchern de Officiis, wobei er, dem Vorgange des Panaetius folgend, den von demselben gegebenen Abschnitten noch zwei neue beifügt, in denen die Handlungen auch nach den Gradationen des honestum und utile beurtheilt werden. [246]. Hierzu kommen sodann das zweite und die folgenden Bücher de Legibus, in welchen Cicero diejenigen Vorschriften niederlegt, in denen das positive Gesetz die göttlichen Gebote zu reproduciren berufen erschien.

Den Mittelpunkt dieser ethischen Untersuchungen nun bildet **der Begriff des höchsten Gutes, welchen Cicero zurückführt auf**

---

244) Cic. de Off. I, 3. Senec. Ep. XCIV. XCV.

245) Senec. Ep. XCIV.

246) de Off. I. 3. Daß Cicero in den Officien den Stoikern im Allgemeinen, wie dem Panaetius insbesondere im Wesentlichen folgte, besagt er selbst de Offic. I, 2, 67., wozu vergl. Beier ad h. l., II, 17, 60. III, 2, 7., sowie ad Attic. II, 2.; den Grund davon deutet er an de Off. III, 4, 20. Wegen des sequi, womit Cicero dieses Betreten fremder Fährte diplomatisch zu bezeichnen liebte, vergl. Stahr, Aristotelia II, p. 143., Aristot. unt. d. Röm. p. 41.

die den Stoikern entlehnte Grundformel aller ethischen Gebote: congruenter naturae convenienterque vivere [247]). Diese convenientia wird auf die menschliche Natur selbst bezogen und durch den Hinweis auf die Thiere gerechtfertigt, deren Betrachtung lehre, daß dieselben von ihrer Geburt an ihrer Natur Folge leisten und daß gerade hierin deren Bestimmung zu erkennen sei, während andrerseits die Verschiedenheit zwischen Thier und Mensch lediglich eine Verschiedenheit des Umfanges und der Beziehungen jenes Gebotes begründe [248]). Demgemäß wird die Wissenschaft der eigenen Natur zur Einsicht in das Wesen des höchsten Gutes, wie auch der Glückseligkeit unbedingt erfordert und die Erforschung jener convenientia geht daher consequenter Weise von der Betrachtung der menschlichen Natur aus [249]).

Der Mensch besteht aber aus Körper und Geist, corpus et animus, und der Geist wiederum enthält zwei Vermögen: den sensus, die vernunftlose Kraft, und die ratio, die intellectuelle Kraft. Die sensus bezeichnen das Vermögen der psychischen Wahrnehmung durch die Sinneswerkzeuge, und ihre Vollkommenheit ist angeboren, während die ratio ebensowohl das Erkenntniß-, wie das Willensvermögen umfaßt, und ihre Vollkommenheiten, die virtutes im eigentlichen Sinne, erworben und nur im Keime angeboren sind [250]).

---

247) Auch secundum naturam, ex natura vivere, naturam sequi et ejus quasi lege vivere; de Fin. III, 7, 26. IV, 10, 26. V, 9, 24. 26. de Leg. I, 21, 56., namentlich de Off. III, 3, 13. u. a. m. Im Allgemeinen vergl. auch Schaaf Gralama, Diss. qua expon. Cic. philosophiae de jure, civitate et imperio principia, Groning. 1827. cap. I.

248) de Fin. III, 6. IV, 10, 25. V, 9, 24. 26. c. 15.

249) de Fin. I, 4, 11. III, 5—7. V, 6, 15. 16, 44. de Off. I, 4, 13. de Leg. I, 22, 59. Vergl. Beier, Exc. VII. ad Cic. de Off. I.

250) Ich folge hierbei unter Berücksichtigung des de Fin. V, 12, 34. 13, 36. 21, 59. Gesagten derjenigen psychologischen Lehre, welche sich Tusc. II, 21, 47. de N. D. II, 12, 34. de Off. I, 4. de Leg. I, 9. vorfindet, weil sie der Entwickelung der Ethik Cicero's zu Grunde liegt. Anders lautet die de Fin. V. cit. entwickelte Lehre, wonach der animus aus sensus und mens und der mens wiederum aus ratio und einer unbenannten Fähigkeit besteht, deren Vollkommenheiten ebenfalls angeboren sind, wie die docilitas, memoria, und unter die gemeinsame Bezeichnung ingenium fallen. — Das Erkenntniß- und das Willensvermögen innerhalb der ratio scheidet Cicero de Off. I, 28, 101. vergl. mit I, 4, 11. de N. D. II, 12, 34.

Diese Organisation des Menschen bedingt, daß die convenientia mit der Natur ein harmonisches Leben mit Geist und Körper und allen deren einzelnen Bestandtheilen umfaßt, und daß in der letzten Vollendung dieser zwiefältigen convenientia das höchste Gut besteht.

In gleicher Maaße beruht auf jener doppelten Vollkommenheit die Eintheilung der Güter in die des Geistes und Körpers, neben denen auch äußere Güter, wie Freunde, Eltern, Kinder, das Vaterland, anerkannt werden. Die Vollkommenheiten oder Güter des Körpers und Geistes sind nun um ihrer selbst willen anzustreben, weil durch sie das höchste Gut begründet wird, während die äußeren Güter an sich dem summum bonum fremd sind und nur dadurch mit demselben in eine mittelbare Beziehung treten, daß sie durch die Tugenden und Pflichten in den Kreis unserer Bestrebungen hereingezogen werden. Endlich waltet auch zwischen den Gütern des Geistes und Körpers selbst eine verschiedene objective Werthschätzung ob, insofern die den edleren Gaben des Menschen entsprechenden Güter, die virtutes, selbst als die edelsten sich darstellen und am Eifrigsten nachzustreben sind [251]).

Auf den Vermögen des animus beruhen nun die Thätigkeiten und Kraftäußerungen desselben, die vis animorum atque natura,

251) de Fin. V, 12. 13. 16, 44. 17—24, 69. In dieser Eintheilung der Güter in bona animi, corporis und vitae oder externa folgt Cicero dem Plato und Aristoteles; vergl. namentlich Acad. I, 5. 19 — 6, 22. Aristoteles insbesondere (vergl. Eth. Nic. I, 8.) räumt jedoch den bona externa eine noch untergeordnetere Stellung gegenüber dem höchsten Gute ein, als Cicero. Dagegen verwirft in dieser Lehre Cicero das von ihm de Fin. V, 11. 12. getadelte Dogma der Stoiker, daß der Mensch lediglich seiner ratio gemäß leben solle, auf Grund des Satzes, daß der Mensch nicht bloß psychisches, sondern auch physisches Geschöpf sei. Während daher die Stoiker consequenter Weise das γονεῖς τιμᾶν, ἀδελφούς, πατρίδα, συμπεριφέρεσθαι φίλους den καθήκοντα (Diogen. Laert. VII, 107.) überweisen, so wird Cicero in der Auffassung dieser Beziehungen, insoweit er darüber sich ausspricht, inconsequent (vergl. das bezüglich des appetitus im Texte zu Bemerkende in Verbindung mit der obigen Lehre von den äußeren Gütern). — Das Streben nach jenen Gütern des Geistes und Körpers unterstützt die Natur theils durch die Neigung dazu, theils durch den Thätigkeitstrieb im Allgemeinen, de Fin. V, 15, 34.—21, 58.

nämlich auf den sensus der appetitus oder die ὁρμή, auf der ratio die ratio oder cogitatio[252]. Der appetitus, der in rein instinctiver Weise zum Handeln anregende Trieb (vis, quae hominem huc et illuc rapit, impellit ad agendum), ist allen lebenden Wesen, Menschen wie Thieren gemeinsam, und auf ihn stützt sich sowohl der Trieb zur Selbsterhaltung, daher das Streben, theils Gefahren abzuwenden, theils das zum Leben Erforderliche zu gewinnen, als auch der Geschlechtstrieb und die damit verknüpfte Liebe zur Nachkommenschaft. Die ratio dagegen begründet in Gemeinschaft mit der Gabe der Sprache die wesentliche Verschiedenheit zwischen Mensch und Thier und die hohe Stellung des Ersteren. Sie ist das höchste Gut des Menschen, der Götterfunke selbst, und, den Thieren versagt, begründet sie eine Gemeinschaft zwischen Gott und dem Menschen. Sie befähigt den Letzteren, daß er seinen Geist bildet, daß er forscht und erwägt, daß er höherer Genüsse fähig ist, namentlich auch, daß er den Anforderungen des appetitus zu widerstehen vermag, während das Thier blindlings seinen Trieben Folge leistet[253].

Die ratio zerfällt wiederum in vier Vermögen: die veri inquisitio et investigatio (Sinn für das Wahre); die ratio qua societas hominum inter ipsos et vitae quasi communitas continetur (Sinn für gesellige Ordnung), welche in ihrem letzten Grunde auf der dem Menschen von der Natur eingepflanzten Liebe zu

252) Ueber den appetitus vergl. de Off. I, 4. init. 17, 54. de N. D. II, 47, 122. 48. fin. de Fin. III, 7, 23. IV, 11, 27. V, 6, 17. c. 9. 14, 40. Ueber appetitus und ratio: de Off. I, 16, 50. 28, 101. 29, 101—103. 30, 105. 36, 132. de N. D. II, 12, 34. Cogitatio findet sich: de Off. I, 36, 132.; mit der ratio identificirt: de N. D. II, 7, 18. III, 28, 71.; ratio et cogitatio: de Leg. I, 7, 22. Ueber die ὁρμή der Stoiker vergl. Tennemann, l. c. IV. p. 66 u. 118 sq. und dazu Stob. Ecl. I. p. 876. Sext. Emp. VII, 237. Diogen. Laert. VII, 84 sq. Aristoteles führt die Kundgebungen des appetitus auf das φυσικόν zurück; vergl. namentlich Polit. I, 1, 4. u. Cic. de Fin. IV, 7, 17. Vergl. endlich auch §. 56.

253) de Off. I, 4. 16. 30. de Leg. I, 7, 23. de N. D. II, 14. de Fin. II, 14, 45. Augustin. c. Jul. pelag. IV, 60. nach Cic. de Rep. Wohl zu bemerken ist endlich, daß Cicero in der ratio ebensowenig, wie die Stoiker in dem λόγος (Vergl. §. 27. Note 205.) das Vermögen zur Erkenntniß, den Act des Erkennens und das Product desselben, die Vorstellung unterscheidet; s. unten §. 37. Note 266.

seinen Mitmenschen beruht (auf dem amor ad communem salutem defendendam oder darauf quod natura propensi sumus ad diligendos homines, de Rep. I, 1. de Leg. I, 15, 43.); ferner die appetitio quaedam principatus ut nemini parere animus bene a natura informatus velit, nisi praecipienti aut docenti aut utilitatis causa juste et legitime imperanti (Sinn für Unabhängigkeit); endlich die Empfänglichkeit dafür, quid sit ordo, quid sit, quod deceat, in factis dictisque qui modus (Sinn für das Schöne und Schickliche).[254])

Mit diesen Anlagen vornämlich soll nun der Mensch übereinstimmend leben und jene höchste Vollkommenheit derselben erringen, welche die Tugend ist. Daher ist die virtus ein animi habitus naturae modo atque rationi consentaneus, eine affectio animi constans conveniensque[255]). Den Maaßstab aber für diese Harmonie und deren Vorschriften enthält das Naturgesetz, die lex naturae. Dieses Gesetz selbst hat ein doppeltes Gebiet seiner Herrschaft: gleichwie nämlich die ganze Welt auf doppelten Principien beruht, auf Geist und Materie, und so auch der Mensch aus Geist und Körper besteht, so beherrscht nun das Naturgesetz die Materie sowohl, wie den Geist. In der ersteren Beziehung ist es daher Gesetz der physischen Natur und regelt bezüglich des Menschen die harmonische Entwickelung seiner körperlichen Anlagen; in der letzteren Beziehung ist es für den Menschen theils Gesetz der sensus und des appetitus[256]), theils Gesetz für die ratio, somit für das Erkenntnißvermögen, wie für die Willensbestimmung.

Die Bedeutung der lex naturae als Gesetz der ratio läßt nun dieselbe als ethisches Gesetz erscheinen, und diese Beziehung ist es, welche bei Cicero in einer überwiegenden Maaße hervortritt, für uns aber den alleinigen Gegenstand der Untersuchung bildet.

254) de Off. I, 4.

255) de Inv. II, 53, 159. Tusc. IV, 15, 45. Vergl. de Fin. I, 23. 66. fin.

256) In dieser Beziehung findet sich die lex naturae z. B. de Off. I, 29.

§. 37.

Lex naturae.

Die lex naturae[257]) oder lex naturalis[258]), oder summa, vera lex[259]), oder lex divina et humana[260]), auch lex schlechthin[261]), nicht minder auch natura, namentlich im Gegensatze zur lex, als dem positiven Gesetze[262]), oder caelestis lex im Gegensatz zu den populares leges genannt[263]), — diese lex ist das Gebot Gottes selbst, hervorgegangen aus dessen ratio, und Gott selbst inwohnend und in und mit Gott auch dem Weltall und der Natur. Daher ist diese lex selbst eine summa oder recta ratio, wie eine mens oder ratio Dei, und eine ratio naturae. Sie ist von Gott den Menschen gesetzt als Anforderung an dessen ratio: als Vorschrift des zu Thuenden und zu Unterlassenden. Unabhängig von der Meinung und individuellen Anschauung der Menschen, wie der Nationen, ist sie communis lex naturae: uranfängliche und ewige, gleichmäßige und unabänderliche Vorschrift für alle Zeiten und Völker, ein Ausdruck der absoluten Wahrheit, der höchsten Weisheit Gottes[264]):

Lex est recta ratio in jubendo et vetando; de Leg. I, 12, 33.

---

257) Tusc. I, 13, 30. de Off. III, 6, 27. 30. 31. 17, 69. u. ö.

258) de N. D. I, 14. u. ö.

259) de Leg. I, 6. u. ö.; vera lex: Cic. de Rep. III. bei Lactant. Div. Inst. VI, 8, 7.

260) de Off. III, 5, 23.

261) de Leg. I, 6. Phil. XI, 12.

262) Partit. Or. 37. de Off. III, 5, 26. 6, 27. de Leg. II, 24. u. ö. Von dieser Bedeutung ist wohl zu scheiden die anderweite von Natur der Dinge, welche sich z. B. de Orat. II, 30, 132. (natura causae), de Inv. I, 28, 43. (naturae negotii), de Inv. I, 11, 14. (aequi et recti natura), u. ö. vorfindet.

263) de Leg. II, 4, 9.

264) Ratio naturae findet sich de Off. III, 5, 23.; communis lex naturae, de Rep. I, 17; lex naturae, commune jus gentium, de harusp. resp. 15, 32.; im Uebrigen vergl. die nachfolgenden Stellen; zu diesen wiederum, welche den Sätzen der Stoiker über den κοινὸς νόμος nachgebildet sind, vergl. § 27. Ueber das Verhältniß der Lehre Cicero's über die lex naturae zu den stoischen Lehrsätzen können die, obwohl ungenügenden Bemerkungen von Turnebus, Apolog. ad Cic. de Leg. p. 6. und dessen Commentar, sowie Görenz, Praef. ad Cic. de Leg. p. XXV, Moser, Praef. zu dems. p. XXIX, sowie die hierselbst in Note * Citirten verglichen werden.

Lex est recta ratio imperandi atque prohibendi; de Leg. I, 15, 42.

Lex est ratio summa, insita in natura, quae jubet, quae facienda sunt, prohibetque contraria; de Leg. I, 6, 18.

Est enim lex nihil aliud, nisi recta et a numine Deorum tracta ratio, imperans honesta, prohibens contraria; Phil. XI, 12, 28.

(Lex est) ratio profecta a rerum natura et ad recte faciendum impellens et a delictis avocans; quae non tum denique incipit lex esse, cum scripta est, sed tum, cum orta est. Orta autem est simul cum mente divina. Quamobrem lex vera atque princeps, apta ad jubendum et ad vetandum ratio est recta summi Jovis; de Leg. II, 4, 10.

Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium jubendo, vetando a fraude deterreat, quae tamen neque probos frustra jubet aut vetat, nec improbos jubendo aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet, neque tota abrogari potest. Nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus; neque est quaerendus explanator aut interpres ejus alius; nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac. Sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium Deus: ille legis hujus inventor, disceptator, lator; cui qui non parebit, ipse se fugiet, ac, naturam hominis aspernatus, hoc ipse luet maximas poenas, etiam si cetera supplicia, quae putantur, effugerit; de Rep. III. bei Lactant. Div. Inst. VI, 8, 7.

Sequitur ut eadem sit in his, quae in genere humano, ratio, eadem veritas utrobique sit eademque lex: quae est recti praeceptio pravique depulsio; de N. D. II, 31, 79.

Summa lex, quae saeculis omnibus ante nata est, quam scripta lex ulla aut quam omnino civitas constituta; de Leg. I, 6, 19.

Una continemur omnes et eadem lege naturae; de Off. III, 6, 27.

Est enim haec — non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus; ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus; pr. Mil. 4, 10.

Das Gebot dieser summa lex, als des ethischen Gesetzes wird in qualitativer Beziehung im Allgemeinen aufgefaßt als das rectum, noch häufiger jedoch als das honestum, daher die honestas (in diesem objectiven Sinne) die Ethik selbst und die durch die Gebote der summa lex gegebene Richtschnur des ethischen Verhaltens des Menschen ist [265]). Zur vollkommenen Erkenntniß dieser summa lex gelangt der Mensch durch eigene Thätigkeit: die Vorstellung von den Geboten der lex ist in ihren Grundlagen als Keim und in kleinen Verhältnissen dem Menschen eingeboren; allein die ungetrübte Erkenntniß derselben, die volle Anschauung ihres Reichthums und ihrer Herrlichkeit ist lediglich die Frucht des ernsten Strebens und Ringens nach höchster Wahrheit. Daher wohnt ebensowohl jedem Menschen eine Wissenschaft der summa lex inne, wie andrerseits die Verschiedenheit der Erkenntniß eine Abstufung in dem Wissen begründet [266]).

Der summa lex oder honestas i. d. S. entspricht die virtus

265) Wegen dieser honestas vergl. namentlich de Off. I, 3—5. III, 2—4. de Leg. I, 16, 44. Das honestum tritt namentlich hervor in der citirten Phil. IX, 12. Rectum und honestum verbunden finden sich de Off. III, 21. init. Orat. 21, 72. de Rep. I, 2. ad Fam. V, 19, 1. de Fin. III, 14, 45. de Inv. I, 1, 1. 3, 4. 5. u. ö. vergl. namentlich de N. D. I, 14. Rectum oder honestum sind natürlich auch verum, so de Leg. II, 5, 11., oder bonum, so de Fin. V, 17, 58.

266) de Leg. I, 17, 46. 47. Mit obiger Lehre kehrt Cicero zu dem von den Stoikern verworfenen Dogma von angeborenem Begriffe zurück. Die Sätze Cicero's hierüber finden sich vornämlich in de Fin. V, 15, 43. 21, 59. 60. de N. D. II, 13, 34. de Leg. I, 6, 18. 16, 44. pr. Mil. 4, 10. Der Begriff ist jedoch nur, wie bei Plato, im Keime angeboren, daher wenn nach pr. Mil. cit. die lex selbst angeboren ist, dies nur in jener Beschränkung zu verstehen ist. Wenn dagegen Cic. de Fin. III, 7, 23. die perfecta ratio angeboren sein läßt und de Leg. I, 12. sagt: quibus ratio a natura data est, iisdem etiam recta ratio data est, ergo et lex quae est recta ratio, so liegt dem eine Unklarheit zu Grunde, die darauf beruht, daß Cicero unter der recta ratio das Vermögen zum Erkennen des Richtigen, die Erkenntniß des Richtigen, und die Vorstellung des Richtigen, ebenso wie die summa lex begreift, vergl. oben §. 36. Note 253. Das Unterordnen dieser verwandten Beziehungen unter Eine Bezeichnung begünstigte jene Schlußfolgerung, welche in offenem Widerspruche steht mit der wiederholt ganz bestimmt ausgesprochenen Perfectibilität des Begriffes von der summa lex, so de Leg. I, 6, 18.: eadem ratio, cum est in hominis mente confirmata et confecta, lex est.

oder die honestas (in diesem subjectiven Sinne) [267], die wiederum eine doppelte Beziehung umfaßt: das Wissen der summa lex, und deren Wollen und Bethätigen, die scientia und usus, somit also die cognitio contemplatioque naturae und die actio rerum [268]). Das Wissen der summa lex insbesondere ist die sapientia, welche somit die Vollendung der ratio in der Erkenntniß der Gebote der summa lex, die rerum divinarum atque humanarum scientia ist [269]), daher die summa lex selbst als ratio mensque sapientis ad jubendum et deterrendum idonea aufgefaßt wird (de Leg. II, 4, 8.). Sonach ist diese sapientia der Ausgang aller Tugend und die Grundlage der honestas, welche selbst die wesentlichste Bestimmung des Menschen bildet: ad honestatem nati sumus (de Off. III, 8, 35.). Indem nun Cicero diesen Sätzen die stoische Lehre von den ἀδιάφορα, den προηγμένα

267) Honestum, honestas haben bei Cicero eine vierfache Bedeutung: a) als Inbegriff der Gebote des Sittengesetzes, Ethik; b) als Inbegriff der Tugenden, ethisches Verhalten, daher identisch mit virtus überhaupt; hierüber vergl. de Fin. IV, 7, 18. V, 21, 58. 60. 22, 61. 23, 66. de Off. III, 3, 13.; c) als concrete Kundgebung der virtus, ethische Handlung, worüber vergl. de Fin. V, 23, 64. 66.; d) als uneigentliche honestas analog der Bedeutung von a. u. b., worüber vergl. Note 269.

268) de Rep. I, 2. init. de Off. I, 43, 153. Daher sagt Cic. de N. D. II, 14. 37: homo ortus est ad mundum contemplandum et imitandum. In dieser Unterscheidung scheint Cicero dem Aristoteles gefolgt zu sein nach de Fin. II, 13, 40.: hominem ad duas res, ut ait Aristoteles, ad intelligendum et ad agendum, esse natum, quasi mortalem Deum, wozu vergl. Eth. Nic. X, 9, 1. 2. Wegen virtus vergl. namentlich de Leg. I, 8, 15. c. 16. fin. c. 17. init.; de Off. III, 3—4, 16.; de Fin. V, 14. 38.

269) de Offic. I, 43, 153. de Leg. I, 7, 22. Vergl. die Citate bei Beier zu de Off. cit. und de Leg. I, 22, 58. Nach dem Obigen setzt somit die honestas die sapientia unabweisbar voraus, und ist nur dem vir sapiens eigen; dies ist die honestas im eigentlichen Sinne (quod proprie dicitur vereque est honestum). Allein im uneigentlichen Sinne (quod communiter appellamus honestum) wird auch schon dem vir bonus honestas beigelegt, de Off. III, 3, 13. — 4, 17. Vir bonus bezeichnet aber hier denjenigen, der nicht, wie der vir sapiens, das officium rectum, sondern nur die officia media erfüllt, worüber s. oben im Text. In einer anderen Bedeutung ist vir bonus synonym theils mit vir sapiens im Allgemeinen, so de Fin. III, 19, 64. Tusc. V, 10, 28. Lael. 5. de Offic. II, 12, 42. (justus et bonus vir), theils mit vir justus insbesondere, so de Off. I, 7, 20. II, 11, 38. III, 15, 64. 19, 76. 20, 81. 82. Vergl. auch Beier zu de Offic. I, 7. p. 46.

und ἀποπροηγμένα beifügt, so treten nun die κατορθώματα, die recta, recte facta, officia recta oder perfecta, in eine Congruenz mit den Tugenden selbst, während die καθήκοντα, die officia oder officia media die dem tugendmäßigen Verhalten lediglich sich annähernden, geziemenden und lobenswerthen Handlungen vertreten [270].

Gleichwie nun die ratio aus vier Vermögen besteht, welche in ihrer Gesammtheit die Vehikel der Ethik, der honestas, die res, ex quibus conflatur et efficitur honestum [271]), bilden, und die natürliche Grundlage aller Tugenden, der honestas i. d. S. sind, so sind auch die Tugenden, wie die ethischen Gebote selbst vierfältig: einem jeden Vermögen der ratio entspricht eine bestimmte Cardinaltugend und eine besondere Parthie der Anforderungen der summa lex [272]).

Dem Sinne für das Wahre entspricht als Tugend die prudentia oder cognitio oder prudens ratio, d. i. die rerum bonarum et malarum neutrarumque scientia, oder rerum expetendarum fugiendarumque scientia, oder diejenige Tugend, welche in delectu bonorum et malorum cernitur [273]).

Dem Sinne für Unabhängigkeit entspricht die magnanimitas oder fortitudo oder magnitudo animi humanarumque rerum contemtio oder fortis ratio, d. i. die considerata periculorum susceptio et laborum perpessio, oder diejenige Tugend, welche in laboribus periculisque cernitur.

Dem Sinne für das Schöne und Schickliche entspricht die moderatio oder temperantia et modestia oder die temperata ratio, d. i. die rationis in libidinem atque in alios non rectos impetus animi firma et moderata dominatio, oder diejenige Tugend, welche in praetermittendis voluptatibus cernitur [274]).

---

270) Da Cicero in diesem Punkte im Wesentlichen nur die stoische Lehre wiederholt, so begnüge ich mich, auf § 27. Note 211. zu verweisen, wo die betreffenden Citate gegeben sind.

271) de Off. I, 4, 14. de Fin. V, 21, 58, 60.

272) de Offic. I, 5. 43, 152. III, 25, 96. de Fin. V, 21, 58. 23, 67. de Inv. II, 53, 54. Vergl. Auctor ad Herenn. III, 2, 3.— 4, 7. Vergl. auch Beier Ex. X. ad Cic. de Offic. I.

273) de Off. I, 6. 43, 153. de Inv. II, 53, 160. de Fin. V, 23, 67.

274) Ueber fortitudo s. de Off. I, 19—26. de Inv. II, 53, 163. de Fin. V, 23, 67. Ueber moderatio: de Off. I, 27—42. de Inv. II, 53, 164. de Fin. V, 23, 67. Vergl. auch Beilage I. § 4.

Endlich dem Sinne für gesellige Ordnung entspricht die communitas oder justitia oder justa ratio, welche wiederum in die justitia i. e. S. und in die beneficentia zerfällt. Beide umfassen alle Beziehungen, welche dem Menschen im Verkehre mit seinen Mitmenschen obliegen: societatem hominum inter ipsos et vitae quasi communitatem continent (de Off. I, 7, 20.), und, indem sie die allgemeine Menschenliebe in sich einschließen und die Fundamente alles geselligen Zusammenlebens und somit auch des Staates bilden, so sind sie die wichtigsten und edelsten, ja die Grundlagen aller Tugenden [275]).

Die beneficentia insbesondere characterisirt sich als benignitas, liberalitas, comitas, bonitas und sie begreift das die Ertheilung von Wohlthaten und Liberalitäten betreffende Verhalten [276]), dagegen alle übrigen gegenseitigen menschlichen Beziehungen fallen anheim der justitia i. eng. S., welche definirt wird, als:

animi affectio suum cuique tribuens atque societatem conjunctionis humanae munifice atque aeque tuens; de Fin. V, 23, 65.
habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem; de Inv. II, 53, 160 [277]).

oder diejenige Tugend, welche in suo cuique tribuendo cernitur; de Fin. V, 23, 67 [278]).

Von den Geboten der summa lex dagegen entspricht dem Sinne für das Wahre die Summe derjenigen Vorschriften, welche das Streben nach Wahrheit gebieten: ea pars honesti, quae in

275) de Off. I, 7—18. 43—45. III, 5—6. de Fin. V, 23, 65. 66. de Leg. I, 15. de Rep. II, 42—44. Ueber die anderweite Eintheilung der justitia in pietas, sanctitas und justitia vergl. Beilage I. § 2—4.; diese letztere justitia umfaßt wiederum die obige beneficentia und justitia.

276) de Off. I, 14—18. III, 5, 24. 6, 28. de Fin. V, 23, 65

277) de Off. I, 7—13. Statt suum cuique tribuens und suam cuique tribuens dignitatem läßt sich nach Maaßgabe von de Off. I, 14, 42. auch setzen: pro dignitate cuique tribuens; vergl. auch Auct. ad Herenn. III, 2, 3.: justitia est aequitas jus unicuique tribuens pro dignitate cujusque. Es ist dies immer nur das ἀπονεμητικὸν τῆς ἀξίας ἑκάστῳ der Stoiker (§. 29. Note 216) oder das διανεμητικὸν τοῦ κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ des Plato (§. 23).

278) Dies ist die φρόνησις ἐν ἀπονεμητέοις des Zeno, §. 29. Ob übrigens jene Definitionen der justitia im weiteren oder im engeren Sinne gelten, darüber spricht Cicero sich nicht mit Bestimmtheit aus; jedoch deutet de Fin. V, 23, 65. das Letztere an.

perspicientia veri solertiaque versatur; dem Sinne für Unabhängigkeit die Anforderung geistiger Größe: ea pars honesti, quae in animi excelsi atque invicti magnitudine ac robore versatur; dem Sinne für das Schickliche und Schöne die Vorschrift des richtigen Maaßes in Worten und Thaten: ea pars honesti, quae in omnium quae fiunt quaeque dicuntur, ordine et modo versatur [279]); endlich dem Sinne für gesellige Ordnung entspricht das Recht, d. i:

ea pars honesti, quae in hominum societate tuenda tribuendoque suum cuique et rerum contractarum fide versatur; de Off. I, 5, 14.

aequitas constituta omnibus ad res suas obtinendas [280]).

Gleichwie daher die ratio in vier Vermögen und die virtus in vier entsprechende Cardinaltugenden, so zerfällt auch die lex naturae und das honestum in vier Parthien, von denen drei ohne besondere specifische Benennung sind, während die vierte als jus speciell bezeichnet ist. Dies jus ist somit derjenige Theil des honestum und der Inbegriff derjenigen Gebote der lex naturae, welche an den Sinn für gesellige Ordnung ihre Anforderung richten und diesem die justitia als die ihm entsprechende Tugend vorschreiben. Allein gleich wie die justitia die Grundlage aller Tugenden ist, so wohnt auch dem jus eine mittelbare Tragweite für alle Tugenden inne, daher dasselbe das wichtigste Element und Hauptstück der lex naturae und des honestum bildet [281]).

Insofern aber dieses jus in der dargelegten Weise auf der lex naturae beruht, wird es selbst zum jus naturae, worüber im folgenden Paragraphen das Weitere zu behandeln ist.

279) de Off. I, 5, 14.

280) Diese Definition bilden wir im Sinne des Cicero nach Maaßgabe der Definition vom jus civile in Top. 2, 9., welche lautet: jus civile est aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas. Das „ad res suas obtinendas" enthält in der That nur die andere Seite des suum cuique tribuens. Daß dieses jus lediglich ein Theil des honestum oder der Gebote der lex naturae ist, bemerkt Cicero mehrfach besonders, so de Leg. I, 16, 44. c. 18. init., sowie de Inv. II, 51, 156., wo die aequitas, welche als Princip des Rechtes zur Bezeichnung von diesem selbst steht, für eine pars quaedam honestatis erklärt wird.

281) Demgemäß sagt Cic. de Leg. I, 15, 43.: si natura confirmatura jus non erit, virtutes omnes tollentur; und hieraus erklären sich zugleich die öfteren Nebeneinanderstellungen von jus und honestum, so z. B. de Leg. I, 18, init., de Fin. III, 21, 71. u. a.

§. 38.

Jus naturale.

Das durch die lex naturae gebotene Recht wird jus naturae [282]) oder jus naturale [283]), auch summum jus [284]), sapientium jus im Gegensatze des Quiritium jus [285]) genannt, mitunter auch geradezu durch lex naturae [286]), oder, im Gegensatze zur lex, als dem positiven Gesetze, durch natura [287]) bezeichnet, und wird, wie das honestum selbst, dessen Theil es ist, als Gegenstand einer philosophischen Disciplin: als disciplina juris ex intima philosophia hausta anerkannt [288]).

Durch die summa lex geboten, beruht dieses jus nicht auf freibeliebter Meinung und subjectivem Ermessen, sondern auf natürlicher d. i. göttlicher Anordnung und Festsetzung [289]); daher in Gott alles Recht seine Grundlage findet und seinen Ausgang nimmt [290]). Den Menschen ist der Begriff dieses Rechtes gleichmäßig eingeboren, indem solcher unmittelbar der ratio eingepflanzt, somit aber auch den Thieren versagt ist [291]). Daher characterisirt sich das jus naturae als eine auf den eingeborenen Begriff sich stützende Potenz, als ein rechtliches Gewissen, welches in eigener, innerer Macht die Befolgung seiner Gebote vom Menschen erfordert:

Naturae quidem jus esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis afferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem; de Inv. II, 22, 65.

---

282) de Inv. II, 22. 65. 67.

283) de Rep. III, 7. 11. pr. Sext. 42, 91. Orat. Part. 37, 130.

284) de Rep. V, 3.

285) de Rep. I, 17.

286) So z. B. de Off. III, 17, 69. u. öfter.

287) de Leg. I, 12, 33.: jus quod dicam naturam esse; de Fin. III, 21, 71: jus quod ita dici appellarique possit, esse naturam; Partit. Orat. 37. Top. 23 fin. de Offic. III, 5. 6. 8. Doch kann in den letzteren Stellen natura ebensowohl die lex naturae im Allgemeinen bezeichnen.

288) de Leg. I, 5, 12.

289) de Leg. I, 10, 28.: non opinione, sed natura constitutum esse jus.

290) de Leg. I, §. 17.: natura — tota causa universi juris ac legis; ibid. §. 20. stirps juris; ibid. §. 35: ex natura ortum esse jus; ibid. §. 16 und de Off. III, 17, 72: natura fons legum et juris.

291) de Leg. I, 5, 16. 7, 22. 8, 24. 12, 33.

Natura jus est, quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem; de Inv. II, 53, 161.

Die Abgränzung dieses Rechtes gegenüber den übrigen Geboten der summa lex beruht auf Grundlagen, die wir bereits in §. 37. darlegten und deren Betrachtung uns zugleich beweist, wie dem Cicero, gleich der gesammten griechischen Philosophie die Scheidung der Ethik in Recht und Moral, des ethischen Gesetzes in Rechts- und Sittengesetz, sowie der Qualität der ethischen Handlung selbst in Legalität und Moralität vollkommen unbekannt geblieben ist. Vielmehr hält Cicero, indem er die Ethik in ihre Theile zerlegt und hiermit zugleich die Gränzen des Rechtes feststellt, an einem von der modernen Anschauung grundverschiedenen Gesichtspunkte fest: er gehet aus von dem dem Menschen eingeborenen Vermögen, an welches die lex naturae ihre Aufforderung richtet: dem Sinn für das Wahre, für gesellige Ordnung, für Unabhängigkeit und für das Schöne und Schickliche, daher in letzter Instanz die Richtung der der Ethik anheimfallenden Handlung: Wahrheit, gesellige Beziehung, Unabhängigkeit und richtiges Maaß, den leitenden Gesichtspunkt dieser Eintheilung bildet. Das ethische Gesetz zerfällt hiernach in das Gesetz der Wahrheit, in das Gesetz der geselligen Beziehungen oder das jus, in das Gesetz der Unabhängigkeit und in das Gesetz des richtigen Maaßes, während die prudentia, justitia, fortitudo und temperantia nicht dem modernen Begriffe der Tugenden anheimfallen, sondern dem ethischen Verhalten entsprechen und der Sphäre von Legalität und Moralität congruent sind.

Hieraus ergiebt sich, daß das jus naturae von den Geboten der summa lex zwar alle diejenigen Vorschriften enthält, welche wir dem Rechte überweisen würden, daß jedoch noch über diese Sphäre hinaus das jus auch Gebote umfaßt, welche wir der Moral überweisen, weil sie, wenn auch die wechselseitigen Beziehungen der Menschen regelnd, doch um ihres Hervortretens auf dem Gebiete der Innenwelt willen der ethischen Beurtheilung anheimfallen, wie z. B. die aus der Freundschaft und empfangenen Wohlthat hervorgehenden Beziehungen. Wenn gleich daher Cicero, wie bereits vor ihm die griechischen Philosophen in der Ethik das jus ganz deutlich und wahrnehmbar abgränzt und von

den übrigen Bestandtheilen des honestum scheidet, so ist doch der von ihm hierbei festgehaltene Gesichtspunkt von dem modernen durchaus verschieden.

Gegenüber dieser Thatsache erscheint auch vollkommen einflußlos der von Cicero adoptirte Gegensatz der officia media oder officia schlechthin und der officia recta oder perfecta[291a]). Denn diese Lehre steht einerseits in durchaus keiner Beziehung zur antiken Zerlegung und den einzelnen Bestandtheilen der Ethik, berührt vielmehr die letzteren nur theilweis, während sie zum anderen Theile ganz außerhalb des Gesichtspunktes derselben fällt; und andrerseits beruht die Verwandtschaft jener Eintheilung der officia mit der modernen Zerlegung der Ethik nur auf einer rein äußerlichen Aehnlichkeit, keineswegs aber auf einer wesentlichen Gleichheit. Angeregt nämlich durch Aristoteles, schieden zunächst die Stoiker, und nach ihnen Cicero in der Handlung selbst ein doppeltes Element: die äußere Erscheinung derselben, die Form ihres Heraustretens in die Außenwelt, und das rein psychische Element derselben, die darin wirkenden geistigen Beziehungen. Die honestas nun stellt nach beiden Richtungen hin die Anforderung der Uebereinstimmung der Handlung mit ihren Geboten auf, daher nur diejenige Handlung eine ethische ist, und dem officium rectum oder perfectum entspricht, welche in Form, wie Inhalt mit den Geboten der lex naturae harmonirt. Außerhalb des Gesichtspunktes der Ethik dagegen fallen diejenigen Handlungen, welche lediglich in ihrer Form und äußeren Erscheinung mit den Geboten der lex naturae übereinstimmen, dagegen rücksichtlich der in ihnen obwaltenden geistigen Kraftäußerung der lex naturae nicht entsprechen. Diese letzteren Handlungen sind an sich, vom ethischen Gesichtspunkte aus betrachtet, vollkommen gleichgültig und indifferent, ἀδίαφορα, treten jedoch, weil sie in dem Gegensatze von κατορθώματα und ἁμαρτήματα, wie von Gut und Schlecht der Mitte mit anheimfallen und in Folge dessen den officia media sich beigesellen, als solche

291a) Vergl. §. 27. Note 211. Daß diese Lehre auch von den Koryphäen der Rechtswissenschaft anerkannt, ja wissenschaftlich behandelt wurde, ergiebt sich daraus, daß M. Junius Brutus ebensowohl ein Werk de virtute schrieb (Senec. Consol. ad Helvet. 9. Cic. Tusc. V, 1. de Fin. I, 3.), als namentlich auch περὶ καθήκοντος (Senec. Ep. XCV.).

in eine gewisse Verwandtschaft mit den ethischen Handlungen, daher sie auch die Bezeichnung officia erhalten. Ja im uneigentlichen Sinne und nach einem mehr vulgären Sprachgebrauche wird sogar diese Qualität der officia media durch honestas bezeichnet (vergl. §. 37 Note 269), allein wie bemerkt nur uneigentlich, da ebensowenig wie der Theil das Ganze ist, auch dieses eine Element der honestas schon eine wirkliche honestas bildet.

Die Verwandtschaft dieser Anerkennung von officia recta und media mit unserer Zerlegung der Ethik in Moral und Recht, in Moralität und Legalität beruht sonach lediglich darauf, daß dort, wie hier Innenwelt und Außenwelt als Gebiet der Handlung geschieden wird; allein eine wesentliche Verschiedenheit liegt in der Richtung, nach welcher dieser doppelte Gesichtspunkt verfolgt wird. Denn weil die antike Wissenschaft nach dieser doppelten Beziehung nicht die Ethik selbst, sondern lediglich die Handlung in ihre Elemente zerlegt, vielmehr die wahre honestas in ihrer Totalität beide Seiten der Handlung vorschreibt und in sich vereinigt, so erfordert nun die antike Theorie das Element, auf welchem unser Begriff von der Legalität beruht, nicht allein bei den dem jus anheimfallenden Handlungen, sondern auch bei denjenigen Handlungen, welche dem Gebiete der fortitudo, der temperantia und prudentia anheimfallen, während das Element, welches unserem Begriffe der Moralität zu Grunde liegt, auch bei den Rechtsgeschäften erfordert wird. Und wenn andrerseits die antike Theorie nicht allein diese volle und vollendete, wahre und eigentliche honestas, aus jenen beiden Elementen zugleich bestehend, sondern auch außerhalb oder vielmehr unterhalb derselben eine mangelhafte, unvollkommene, uneigentliche honestas anerkennt, die der Ethik selbst nicht eingeordnet ist und lediglich das Formale der Handlung, also dasjenige Element umfaßt, welches unserem Begriffe von Legalität zu Grunde liegt; so erkennt doch jene Theorie diese der Legalität analoge Qualität wiederum nicht bloß an Rechtsacten an, sondern auch an allen dem Gebiete der Ethik angehörigen Handlungen, und somit auch an denjenigen, welche wir lediglich nach dem Gesichtspunkte der Moralität auffassen und beurtheilen, daher diese Afterethik in der That die nämliche Sphäre hat, wie die wahre Ethik selbst.

Wie wenig wir daher einerseits leugnen mögen, daß bei

Aufstellung des Unterschiedes der κατορθώματα oder officia recta und καθήκοντα oder officia die antike Philosophie auf dem richtigen Wege zur Erkenntniß der wahren Bestandtheile der Ethik war, so dürfen wir doch andrerseits nicht verkennen, daß die Auffindung der durch die moderne Analyse geschiedenen Elemente von Recht und Moral dem Alterthume nicht gelungen ist, ja nicht gelingen konnte, sobald man an jener Lehre von den vier Cardinaltugenden und den denselben entsprechenden Theilen der honestas festhielt. Vielmehr gränzt sich das jus naturae von den übrigen Geboten der lex naturae, wie bemerkt, lediglich durch die Richtung und das Gebiet seiner Vorschriften ab: es ist der Inbegriff derjenigen Normen, welche die auf der gesellschaftlichen Ordnung beruhenden Beziehungen der Menschen sowohl zu einander selbst, wie zu den Göttern ordnen und regeln.

Das jus naturae zerfällt nun selbst wieder in ein jus humanum und jus divinum, von denen das Erstere die aequitas, das Letztere die religio als leitendes Princip anerkennt[292]. Als allgemeinste Postulate des jus naturale, als munera justitiae stellt Cicero de Offic. I, 7, 20. die beiden Sätze auf: ne cui quis noceat, nisi lacessitus injuria und ut communibus pro communibus utatur, privatis ut suis[293]. Der erstere Grundsatz, den Cicero de Off. III, 5. auch in der Fassung giebt: detrahere alteri et hominem hominis incommodo suum augere commodum est contra naturam, umfaßt das Verbot des inferre injuriam, wie die Gestattung des vim vi repellere[294] und das propulsare injuriam ab iis quibus infertur (de Offic. I, 7, 23), wie auch als eine specielle Anwendung dieses Satzes die Pflicht sich ergiebt, Nichts um des eigenen Vortheiles willen zum Nachtheile des Anderen zu verschweigen, noch überhaupt durch Wort oder That

---

292) Partit. 37, 129. Aequitas und religio sind sonach Ausflüsse der honestas, jedoch nicht bloß dem jus naturae, sondern auch dem jus civile eigen. Doch erschöpfen sie die leitenden Principien des jus naturae. Wegen jener beiden Begriffe der aequitas und religio vergl. übrigens Beilage I.

293) Der zweite Grundsatz liegt in der That der Sache nach bereits dem ersten inne und ist nur formal selbstständig, da der erstere in prohibitiver Fassung das schon mit besagt, was der letztere in präceptiver Fassung besonders festsetzt.

294) Vergl. auch pr. Mil. 4.

Jemanden zu übervortheilen (de Offic. III, 13. 14. 17). Diesem Gebote allein entspricht, was Cicero in Top. 23, 90. als die erschöpfenden zwei Bestandtheile des jus naturale hinstellt, die tuitio sui nämlich und das ulciscendi jus [295]). Bezüglich des zweiten Grundsatzes, der auch in kürzerer Bezeichnung als communio utilitatis oder in der Fassung: ut eadem sit utilitas uniuscujusque et universorum in de Offic. III, 6. angegeben wird, wird bemerkt, daß die Natur zwar Nichts zu eigen überweise, wohl aber Acquisitionsgründe in der vetus occupatio, der victoria, lex, pactio, conditio und sors anerkenne und deren Respectirung gebiete (de Offic. I, 7, 21.) [295 a]). Eine besondere Consequenz aus diesem Grundsatze ist das Gebot: communes utilitates in medium afferre, mutatione officiorum, dando, accipiendo, tum artibus, tum opera, tum facultatibus devincire hominum inter homines societatem (de Offic. I, 7, 22). Auf beide Grundsätze endlich ist zurückzuführen das reddere depositum, promissum facere, quaeque pertinent ad veritatem et ad fidem (de Offic. I, 10, 31). Endlich als speciellere Institute des jus naturale finden sich noch angegeben die religio, pietas, gratia, vindicatio, observantia und veritas (de Inv. II, 22. und 53., wozu vergl. Tusc. I, 13, 30).

§. 39.

Jus civile.

Das durch die lex naturae gebotene Recht erschöpft indeß noch nicht den Stoff des jus, vielmehr erkennt Cicero neben jenem eine besondere Rechtsmaterie an, die er als jus civile

295) Die tuitio sui setzten bereits die Stoiker mit dem Rechte in Verbindung, insofern diese den Trieb der Selbsterhaltung als Anlage zum Rechte auffassen. Dagegen das ulciscendi jus lehrt in Partit. 37, 130. in weiterer Fassung als vicissitudo referendae gratiae wieder und wird hier als Theil des jus humanum in die gratia beim beneficium und in die punitio bei der injuria zerlegt. Hierin allenthalben schimmert das ἀντιπεπονθὸς ἄλλῳ des Pythagoras, wie das δίκαιον διορθωτικόν des Aristoteles hindurch. Vergl. §. 32.

295 a) In welcher Weise Chrysippus insbesondere die Vereinbarkeit des Privateigenthumes mit jener communio utilitatis deducirte, berichtet Cic. de Off. III, 20.

dem jus naturae, als civile nexum der communis lex naturae als Quiritium jus dem sapientium jus[296]), als populares leges der caelestis lex[297]), als jus[298]) oder lex[299]) oder institutum[300]) der natura gegenübergestellt.

Indem somit Cicero in Wahrheit das universum jus in das jus naturae und jus civile zerlegt[301]), so umfaßt nun in diesem Gegensatze das Erstere das auf der natura, das Letztere hingegen das auf legislativer Constituirung beruhende Recht. Allein innerhalb dieser Gränzbestimmung jenes Gegensatzes ist die Bedeutung der beiden Eintheilungsglieder wiederum eine doppelt verschiedene, bedingt dadurch, daß der leitende Gesichtspunkt, der bei jener Eintheilung maaßgebend ist, in Wahrheit als ein zwiefältiger sich darstellt, indem Cicero dabei ebensowohl den Ursprung und die Quelle der in Betracht gezogenen Rechtsmaterie, wie andererseits auch den nächsten und unmittelbaren Grund der Gültigkeit und Herrschaft derselben als Recht in's Auge faßt. Insofern nämlich Cicero den letzteren Gesichtspunkt als maaßgebenden Eintheilungsgrund anerkennt, so umfaßt das jus naturae alles Recht, dessen Herrschaft durch eine rechtsconstituirende Form nicht vermittelt ist, sondern unmittelbar und ausschließlich auf der lex naturae beruht, während im Gegensatze hierzu das jus civile diejenigen Rechtssätze umfaßt, deren Herrschaft auf äußerem Medium, auf einer rechtsconstituirenden Form beruht, sei dies lex, senatusconsultum, mos, auctoritas Ictorum oder dergl. Dieser Eintheilungsgrund herrscht vor in Orat. Part. 37., wo Cicero das jus scriptum, jus gentium und die mores majorum dem jus civile überweist; ferner de Inv. II, 22, 67. und Orat. Part. 18, 62., wo unter den naturae jura nur die auf ihrer ursprünglichen formlosen Unmittelbarkeit beruhenden Gebote der lex naturae begriffen sind; nicht minder de Off. III, 17, 71., wo Cicero den Begriff eines jus civile ductum a natura aufstellt; endlich de Off. I, 16, 51. III, 23, 9. u. ö.

296) de Rep. I, 17.
297) Vergl. die Note 263.
298) de Inv. II, 22.
299) So z. B. Part. 37, 130. de Leg. I, 5, 13. II, 24. de Off. III, 17.
300) Top. 23. fin.
301) de Leg. I, 4, 5.

Insofern dagegen Cicero je nach seiner letzten Quelle das Recht eintheilt, so ergeben sich als die Eintheilungsglieder das aus der lex naturae herfließende Recht, das jus naturae, und das dieser lex fremde, durch rechtsconstituirende Willensäußerung in's Leben gerufene Recht, das jus civile. Diese Eintheilung findet sich vor in de Inv. II, 22, 65. und 53, 161., wo Cicero das jus naturae auf eine quaedam innata vis im Gegensatze zur opinio stützt; Tusc. I, 13: omni in re consensio omnium gentium lex naturae putanda est, u. ö., überhaupt aber allenthalben da, wo Cicero das jus naturae unmittelbar durch Bezugnahme auf die summa lex characterisirt (Vgl. §. 37).

Indem nun Cicero zwischen beiden Eintheilungen planlos umherschwankt, höchstens in der Weise eine gewisse Regelmäßigkeit beobachtend, daß die Erstere derselben vornämlich dann maaßgebend ist, wenn er das Recht in seiner Existenz, die letztere vornämlich dann, wenn er dasselbe in seiner Entstehung in's Auge faßt; so ist nun die Folge solchen Verfahrens die, daß ein gewissermaaßen neutrales Rechtsgebiet sich vorfindet, wo, je nachdem der erste oder der zweite jener Eintheilungsgründe in concreto vorherrschend ist, beide Gegensätze in Einer Norm sich vereinigen, in derjenigen Satzung nämlich, welche durch die lex naturae geboten und durch äußere rechtsconstituirende Form confirmirt ist, da nach der ersten Eintheilung dieses Recht dem jus civile, nach der zweiten Eintheilung aber dem jus naturae anheimfällt.

Indem nun Cicero in Orat. Part. 37. und de Inv. II, 22. jener ersten Eintheilung folgend, das gesammte Recht in natura und lex, d. i. in jus naturale und jus civile zerlegt, auch diesen Gegensatz ebensowohl im jus divinum, wie humanum statuirt, so erkennt er nun in dem jus civile einen doppelten Bestandtheil an: das der lex naturae entstammte und das ihr fremde Recht. Im Allgemeinen bildet das Erstere die Grundlage des jus civile und dieses geht sonach in seiner Materie von der lex naturae, als dem Urquell allen Rechtes aus. Denn zunächst treten einige von den Satzungen der lex naturae um ihrer Zweckmäßigkeit, der utilitas willen, theils uns bewußt, theils unbewußt in die Gewohnheiten des täglichen Lebens über; sodann aber ergreift auch das positive Gesetz den durch die lex

naturae gebotenen Stoff, indem es theils einigen der gewohnheitsrechtlichen, aus jener lex entstammten Satzungen noch die ausdrückliche legislative Sanction ertheilt, theils auch seine Vorschriften unmittelbar aus der lex naturae entnimmt um der derselben inwohnenden Kraft der inneren Wahrheit willen:

Jus ex quibus rebus constet, considerandum est. Initium ergo ejus ab natura ductum videtur; quaedam autem ex utilitatis ratione aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem venisse; post autem approbata quaedam a consuetudine aut a vero, utilia visa legibus esse firmata; de Inv. II, 22, 67.

Ejus (sc. justitiae) initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit; Ibid. II, 53, 160.

Neben diesen, der lex naturae entstammten Normen kennt jedoch das jus civile noch andere, jener lex fremde Satzungen, welche durch besondere Umstände zur Herrschaft berufen worden sind. Ihre Gültigkeit beruht mehr auf der Gunst äußerer Verhältnisse, als auf eigener, innerer Kraft, und ihre Herrschaft ist daher nur eine zeitliche und locale, nicht wie bei jenen Normen eine ewige und allgemeine:

Quae sunt varie et ad tempus descripta populis, favore magis, quam re legum nomen tenent; de Leg. II, 5, 11.

Diese Duplicität der civilen Rechtsmaterie wird zwar nur in dem Gesetzesrechte allein hervorgehoben, allein immerhin wird doch auch im Gewohnheitsrechte ein ähnliches Verhältniß anerkannt, insofern als der eine Bestandtheil desselben in mehr, der andere in weniger unmittelbarer Weise aus dem jus naturae die Kraft seiner Herrschaft und Gültigkeit als Recht entlehnt:

Consuetudine jus est, quod aut leviter [302]) a natura tractum aluit et maius fecit usus, ut religionem [303]); aut quod in

302) Leviter ist nicht: in geringer Masse, oberflächlich, leichthin, wie man zu meinen pflegt; vielmehr: ohne Schwierigkeit, ohne Weiteres, unmittelbar. Den Gegensatz dazu bildet das Recht, welches auf die natura nicht direct, sondern zunächst nur auf das Alter des Gebrauches, somit auf äußere, rechtsconstituirende Form sich stützt.

303) Mit Recht läßt Schütz, opp. rhet. Cic. das zwischen die Worte religionem und aut quod eingeschobene, sinnverwirrende Glossem: aut si

morem vetustas vulgi approbatione perduxit, quod genus: pactum, par, judicatum; de Inv. II, 54, 162.

Für die der lex naturae fremde civile Rechtsmaterie aber ist der bestimmende Grund ihrer Constituirung die utilitas, die jedoch verwerflich ist, sobald sie der honestas widerstreitet[304]. Auf diesem Rechtselemente beruht nun auch die Verschiedenheit der Legislationen der verschiedenen Völker, welche Cicero selbst als nothwendige Consequenz der Nationalindividualitäten anerkennt[305]), während die materielle Gestaltung dieses Elementes selbst zufällig ist. Immerhin darf jedoch dieses der lex naturae fremde Element die Gebote derselben nur ergänzen, in soweit nämlich, als die letzteren nicht für alle Verhältnisse im Staate ausreichen, nicht dagegen kann das jus civile das jus naturae aufheben. Denn wenn auch solche Aufhebung durch das Machtwort des Gesetzgebers äußerlich möglich ist, so steht doch in Wahrheit das jus naturae in solchem Zwiespalte unberührt von den Satzungen des jus civile, als maaßgebende Norm für die justitia, für jus und injuria, und das wahrhaftige jus ist in solchem Widerstreite nur das Gebot Gottes, nicht das der Menschen[306]). Ja die positive Satzung kann nicht einmal das jus naturae vollständig aufheben, noch darf sie demselben das ihm Entgegenstehende substituiren[307]), vielmehr liegt die Harmonie mit der lex naturae dem Wesen des positiven Gesetzes in der Maaße begrifflich inne, daß ein Zwiespalt zwischen jus naturale und jus civile das Gebot des Letzteren gar nicht als jus erscheinen läßt:

---

quid eorum, quae ante diximus, ab natura profectum, majus factum propter consuetudinem videmus hinweg. Orelli hat jedoch diese unzweifelhafte Conjectur gar nicht verzeichnet.

304) de Leg. I, 12, 33. de Off. III, 3. sq.

305) pr. Balb. 13, 31.: Dissimilitudo civitatum varietatem juris habeat necesse est.

306) de Leg. I, 6: Lex (i. e. naturae) est juris et injuriae regula; c. 15. 16. Augustin. de C. D. XIX, 21. (jedenfalls nach Cic. de Rep.): non enim jura dicunda sunt vel putanda iniqua hominum constituta: cum illud etiam ipsi jus esse dicant, quod de justitiae fonte manayit.

307) de Leg. II, 6, 14. Cic. bei Lactant. Div. Inst. II, 8, 7.

Ex quo intelligi par est, eos, qui perniciosa et injusta populis jussa descripserint, cum contra fecerint, quam polliciti professique sint, quidvis potius tulisse, quam leges: ut perspicuum esse possit, in ipso nomine legis interpretando inesse vim et sententiam justi et juris legendi; de Leg. II, 5, 11.[308]). Vergl. ibid. II, 5, 13. c. 6 init.

Die lex naturae ist somit im Wesentlichen Richtschnur des positiven Gesetzes [309]) und das letztere hat die unabweisbare Aufgabe, die lex naturae zu verwirklichen und erscheint, in dieser seiner idealen Vollendung aufgefaßt, als die nach der lex naturae gegebene Abgränzung von Recht und Unrecht:

Est lex (d. i. das positive Gesetz) justorum injustorumque distinctio, ad illam antiquissimam et rerum omnium principem expressa naturam, ad quam leges hominum diriguntur, quae supplicio improbos afficiunt, defendunt ac tuentur bonos; de Leg. II, 5, 13.

Doch erscheint in Wirklichkeit das jus civile gegenüber dem jus naturae nur als kleiner und beschränkter Kreis [310]) und nur als dessen schwaches und getrübtes Abbild:

308) Ganz eigenthümlich ist der Weg, den Cicero bei dieser Stelle einschlägt, um zu jenem Satze zu gelangen; er argumentirt: die Gesetze sind von Vorn herein gegeben ad salutem civium civitatumque incolumitatem vitamque hominum quietam et beatam; wer daher zuerst solche Gesetze gab, hat dem Volke dargethan, daß es unter der Herrschaft der Gesetze glücklich und der lex naturae gemäß lebe, und hat daher nur Gesetze von dieser Beschaffenheit leges genannt. Daher bildet das Vermitteln des honeste beateque vivere, das legere justum et jus absolut wesentliches Merkmal des Begriffes von lex: in ipso nomine legis interpretando inesse vim et sententiam justi et juris legendi; vergl. de Leg. I, 6, 19. Indem daher der Gesetzgeber, wenn er dem Volke ein Gesetz verspricht, damit selbstverständlicher Weise demselben zugleich zusichert, daß es unter der Herrschaft desselben honeste beateque leben könne, so sind diejenigen Gesetzgeber, welche perniciosa et injusta populis jussa descripserunt, wortbrüchig und ihr Gebot ist alles Andere, nur nicht Gesetz und Recht. Auf diese Deduction hin spricht daher Cicero den leges Titiae, Appulejae, Liviae den Character von leges ab. Diese ganze Argumentation erinnert lebhaft an die Theorie des Epikur, s. §. 26.

309) de Leg. II, 24.: natura — norma legis est.

310) de Leg. I, 5, 17. Hiermit nimmt die Auffassungsweise eine Wendung nach der platonischen Lehre vom νόμος und νόμος κατ' αὐτό; Vergl. §. 22.

Sed nos veri juris germanaeque justitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus; umbra et imaginibus utimur; de Off. III, 17, 69.

§. 40.

Resultat.

Den Uebergang zu der Erwägung der Leistungen Cicero's für Lösung der drei von der griechischen Philosophie ihm überlieferten rechtsphilosophischen Probleme (vergl. §. 30) vermitteln wir durch die in §. 35 bereits angedeutete, gesammturtheilende Bemerkung, daß wir von einem selbstständigen Eingehen auf jene Probleme, von einem ureigenen speculativen Vertiefen in dieselben bei Cicero kaum eine Spur wahrnehmen. Gleichwie vielmehr Cicero jene Probleme als genau fixirte Fragpunkte überliefert erhält, so löst er dieselben nur in der Weise, daß er die von der griechischen Philosophie ihm dargebotenen Ideen weiter verwendet und beziehentlich die Lehren der verschiedenen Schulen verbindet.

So finden wir die Erörterung jener Probleme im Wesentlichen noch in dem nämlichen Stadium, in welchem wir dieselben in den Systemen der griechischen Philosophie verließen: die Grundzüge sind dort wie hier dieselben, die leitenden Hauptgedanken die nämlichen geblieben. Eine Neuerung erkennen wir nur theils in der weiteren Verfolgung und Verarbeitung jener leitenden Ideen, theils in der Modalität der Gruppirung dieser Gedanken um die Probleme herum bei dem Versuche von deren Lösung. Allein alle diese eigene Thätigkeitsentfaltung kann nicht genügen, das Urtheil abzuwenden, was über die rechtsphilosophischen Leistungen Cicero's zu fällen ist: daß die fruchtzeugende Kraft der selbstschöpferischen Idee ihnen mangelt.

Das erste Problem zunächst: Was ist das Recht? wird von Cicero in noch einer neuen, von der griechischen Philosophie fast ganz vernachlässigten Richtung behandelt: neben die rein speculative Erörterung jener Frage tritt die practische Behandlung, neben die Untersuchung des Rechtsbegriffes die Forschung nach dem Inhalte des Rechtes selbst. Der letztere Theil der Aufgabe, der jedoch in Wahrheit nur das durch die lex naturae gegebene Recht in's Auge faßt, wird in doppelter Weise gelöst: einmal in Beziehung auf die Vorschrift selbst, auf das Gesetz,

sodann in Beziehung auf das der Vorschrift entsprechende Verhalten, auf die Rechtspflicht. Das Ergebniß der letzteren Untersuchung ist niedergelegt in den Büchern de Officiis, und wir erkennen hierin einen Stoff, welchen bereits die Stoiker, veranlaßt durch die in §. 31 dargelegten Umstände, systematisch zu behandeln begonnen hatten. Indem nun Cicero bei Bearbeitung dieses Stoffes in der That auch die Stoiker sich zum Vorbilde nimmt, so vermag er doch auf diesem Wege die Lehre selbst in der beabsichtigten Weise nicht wesentlich zu fördern: auch Cicero vermag es nicht, über einige unbestimmt gehaltene Begriffe, wie über einzelne Postulate allgemeinsten Inhaltes sich zu erheben, oder aber, insoweit er das Gebiet der Detailfragen betritt, so gewinnt er ein Resultat, welches um der darin concurrirenden rein moralischen Beziehungen wenigstens dem rechtlichen Bedürfnisse der Verkehrsverhältnisse widerstreben oder ungenügend erscheinen mußte.

Eigenthümlich dem Cicero ist dagegen die detaillirende Entwickelung des Rechtsgesetzes selbst, wie wir solche, obwohl zunächst im Hinblick auf die römischen Zustände, in dem zweiten und den folgenden Büchern de Legibus, sowie in gewisser Beziehung auch in dem Werke de Republica dargelegt finden. Denn namentlich in jenem Werke über die Gesetze, dessen in der practischen Beziehung wichtigster Theil leider uns nicht überliefert ist, übernimmt Cicero in der That die Aufgabe, das jus naturale nach seinen einzelnen Satzungen wissenschaftlich zu construiren und hiermit zugleich ein Gesetzbuch zu entwerfen, welches die Stellung eines Normalcodex für den römischen Staat einnehmen soll. Namentlich wird diese practische Tendenz jenes Werkes um so ersichtlicher, wenn wir erwägen, wie einestheils bei Cicero die Philosophie in letzter Instanz im Dienste politischer Zwecke stand (§. 35); wie ferner die Abfassung der Bücher de Legibus in eine Zeit fällt, wo Pompejus und vielleicht bereits Caesar an eine neue Redaction und Codification des römischen Rechtes dachten [311]; ja wie endlich auch die der alten solennen Gesetzessprache nachgebildete Fassung jenes Normalcodex auf eine derartige Absicht hindeutet. Wenn gleich daher

311) Isidor. Orig. V, 1, 5. Sueton. Jul. 44.

dieser Abfassung eines naturrechtlichen Gesetzbuches ein tieferer Sinn innewohnt, als jenem idealisirenden Gemälde des Staates, welches Plato mit eigenem Mißtrauen gegen dessen Verwirklichungsfähigkeit entwirft, so können wir doch nur in dem Uebergange an sich zu seiner naturgemäßen Verbindung der Speculation mit der Empirie, welchen Cicero vermittelt, einen wesentlichen Fortschritt in den rechtsphilosophischen Bestrebungen erblicken, während das Product selbst, welches aus dieser Verbindung hervorging, wahrscheinlich ohne höheren Werth gewesen ist, weil bei Cicero der juristische Stoff überwiegend nach der vorgefaßten leitenden philosophischen Idee geformt wird, dagegegen nur in untergeordneter Maaße die Speculation an das historisch und empirisch gegebene Rechtselement sich anschließt, hiermit aber die Voraussetzungen wegfallen, welche im Munde der späteren römischen-Jurisprudenz jene Verbindung von Speculation und Empirie zu einer unerschöpflichen Quelle der fruchtbarsten Rechtswahrheit erhoben. Allein immerhin haben wir die That selbst der höheren und ausgedehnteren Annäherung jener beiden Elemente als das eigenthümliche Verdienst Cicero's gegenüber der griechischen Philosophie rühmend anzuerkennen, und damit hervorzuheben, wie Cicero in Wahrheit den Wendepunkt bildet, an welchem die in ihrer Entfremdung von der Realität des Lebens steril gewordene rechtsphilosophische Speculation der Empirie sich zuwendete, um aus der reichen Fülle der vielgestaltigen Verkehrsverhältnisse neuen Gedankenstoff für die Erkenntniß der höchsten Rechtswahrheiten zu schöpfen.

Was hiernächst die auf die Feststellung des Rechtsbegriffes selbst gerichteten Bestrebungen Cicero's betrifft, so standen einer erfolgreichen Behandlungen dieses Stoffes noch die nämlichen Hindernisse hemmend entgegen, welche wir bereits als die Ursachen des Mißlingens der auf gleiches Ziel gerichteten Versuche der griechischen Philosophie erkannten, das Unterschätzen nämlich der formalen Pertinenz des Rechtes und seines Ausganges von der Staatsgewalt, sowie das Verkennen der Gränze zwischen Moral und Recht. Denn bei der Abgränzung des Rechtes gegen die übrigen Theile der Ethik hielt Cicero, wie in §. 38 dargelegt, im Wesentlichen an den nämlichen Gesichtspunkten fest, welche

wir als die leitenden bereits in der griechischen Philosophie vorfanden (§. 32), und wenn gleich wir aus der von Cicero aufgestellten weiteren Scheidung der justitia in beneficentia und justitia erkennen, wie dieser selbst jene Gränzbestimmung des Rechtes als genügende anzusehen nicht vermochte, so ist doch mit dieser weiteren Classification die Wahrheit um Nichts gefördert, weil der lucrative oder onerose Character eines Geschäftes in keiner Weise zur Gränzmarke des Rechtsgebietes erhoben werden kann. Dagegen die Erkenntniß des constitutiven Einflusses der Staatsgewalt auf das Recht, wie des wesentlichen Erfordernisses einer äußeren Form desselben ward dem Cicero ganz unmittelbar nahe geführt durch die, muthmaaßlich von Carneades gegebene Wesenbestimmung:

justitia est obtemperatia scriptis legibus institutisque populorum[312]; allein indem Cicero gleich der griechischen Philosophie zu der Distinction von Recht und Rechtsmaterie sich nicht zu erheben vermochte, indem er vielmehr jede Regel, welche nach seiner eigenen Ueberzeugung als ein durch höchste Wahrheit gebotener normativer Stoff für die gegenseitigen, äußeren, wie inneren Beziehungen der Menschen sich darbot, ohne Weiteres in potentia mit der bindenden Kraft des wahren und wirklichen Rechtes bekleidete, so konnte Cicero ebensowenig, wie die griechische Philosophie jener von Carneades gegebenen Begriffsbestimmung von justitia und jus beitreten, weil nach jenen irrigen Prämissen die Verwerfung eines rein transcendenten und übermenschlichen Rechtes zugleich die Negirung einer absoluten Rechtsmaterie nothwendig bedingt haben würde, diese letztere extreme Ansicht aber der antiken Wissenschaft, wie überhaupt jedem reflectirenden Geiste widerstrebt.

In Folge dieser Umstände nun ward Cicero mit Nothwendigkeit auf den Standpunkt hingedrängt, den wir bereits in §. 32 bezüglich der griechischen Philosophie nachwiesen: er sah sich genötbigt, in der Beschaffenheit der attributiven Disposition das specifische Merkmal des Rechtes zu suchen. Indem sich nun Cicero hierbei dem von den Stoikern hervorgehobenen, bereits bei Plato sich vorfindenden Criterium des ἀπονεμητικὸν τῆς

312) Cic. de Leg. I, 15, 42. Vergl. oben §. 29.

ἀξίας ἑκάστῳ anschloß (vergl. §. 37, Note 277. 278. 280.), so definirte er nun jus und justitia als ein suum cuique tribuens oder suam cuique tribuens dignitatem oder pro dignitate cuique tribuens. Dieser Begriffsbestimmung fügt nun zwar Cicero an verschiedenen Stellen drei weitere Merkmale hinzu, nämlich die aequitas als Princip [313], sowie das tueri rerum contractarum fidem [314] und hominum societatem oder communem utilitatem [315] als Ziel des Rechtes; allein da die aequitas und das tueri rerum contractarum fidem nur vereinzelte Beziehungen des Rechtes herausgreifen, so ist hiermit für die logische Aufgabe Nichts gewonnen, während das tueri hominum societatem, insofern es die Zweiseitigkeit der Rechtsverhältnisse bezeichnet, nicht mehr besagt, als bereits in dem suum cuique tribuens liegt, somit aber lediglich gegenüber dem dritten Probleme ein entscheidendes Interesse gewinnt.

Nach Alledem verbleibt nun als wesentliches specifisches Merkmal des Rechtes, — in welchem Cicero und die gesammte römische Wissenschaft nach dem Vorgange der Stoiker eine ordnende Norm anerkennt (vergl. §. 30), — nur die Bestimmung als suum cuique tribuens, und insofern nun dieses suum, gleich der ἀξία der Stoiker, auf die summa lex als das jenen Begriff näher bestimmende Zweite hinweist, so tritt nun, bedingt durch jene Definition, die Nothwendigkeit zu Tage, das Rechtsgesetz selbst weiter darzulegen. Die diesem Ziele gewidmeten Bestrebungen Cicero's haben wir bereits oben gewürdigt, insoweit dieselben darauf gerichtet waren, den Inhalt selbst des Rechtsgesetzes zu entwickeln. Was dagegen die Versuche Cicero's betrifft, den logischen Begriff dieses Rechtsgesetzes zu bestimmen, so laufen dieselben lediglich auf eine psychologische These hinaus: dem Menschen wohnt der natürlichen Organisation seines Geistes zufolge ein Sinn für Recht und Gerechtigkeit inne; der an diesen Sinn seine Anforderung richtende Theil der summa lex ist das absolute Rechtsgesetz, während wiederum jene Anforderung selbst das jus, und das diesem jus entsprechende Verhal-

313) de Fin. V, 23, 65. Top. 2, 9. Vergl. Beilage I.

314) de Off. I, 5, 14.

315) de Fin. V, 23, 65. de Inv. II, 53, 160. de Off. I, 5, 14.

ten die justitia bildet. So tritt nach dem bereits von den Stoikern gegebenen Vorgange bei Cicero die juristische Frage in die Psychologie hinüber, ja gewinnt bei ihm, wie es scheint, sogar an innerem Gewicht und an Betonung. Allein auch bei ihm bleibt der Versuch, auf diesem Wege eine Gränzbestimmung des Rechtes und Rechtsgesetzes zu finden, vergeblich, weil die Grundlage selbst, jenes besondere, selbstständige und abgeschlossene Vermögen für das Rechte nur ein fingirtes ist, nicht aber in der Organisation des menschlichen Geistes in jener angenommenen Beschaffenheit durch die Natur gegeben ist.

§. 41.

Fortsetzung.

(Resultat).

Das zweite Problem empfing Cicero von der griechischen Philosophie als ein nach Inhalt und Umfang genau und fest bestimmtes Fragestück. Das Verkennen der formalen Pertinenz des Rechtes und seiner Emanation von der Staatsgewalt hatte, wie die Begriffe von Recht und Rechtsmaterie, so auch die Fragen: Woher entstammt das Recht? und: Woher entsteht die Rechtsmaterie? identificirt und hiermit diesem Probleme eine hervorragende Wichtigkeit verliehen. Die griechische Philosophie beantwortete nun zunächst diese Fragen, so wie sie gestellt, mit Rücksicht theils auf die materiale, theils auf die formale Quelle des Rechtes, verband jedoch damit gleichzeitig, wenn auch zunächst nur in abhängiger Weise, eine Characterisirung des Rechtes, theils nach seiner zeitlichen Entstehung und Dauer, theils nach seiner äußeren Offenbarung, theils nach seiner Uebereinstimmung mit den Anforderungen höchster Wahrheit, theils nach dem Maaßstabe seiner Abhängigkeit von dem Einfluß nationaler Sitten und Satzungen. Alle diese Momente finden in mehr oder minder allgemeiner Weise ihre Erörterung und theilweis auch ihren technischen Ausdruck. Den bestimmenden und maaßgebenden Schwerpunkt bildet jedoch, wenigstens bei Aristoteles und den Stoikern, der Begriff eines φύσει oder φυσικὸν δίκαιον, wie seines Gegensatzes des θέσει oder νομικὸν δίκαιον.

Indem nun bei Cicero an die Stelle des φύσει δίκαιον ein jus naturale, an die Stelle des θέσει δίκαιον ein jus civile tritt, so kehren nun bei Characterisirung des Ersteren alle jene Merkmale wieder, welche bereits die griechische Philosophie hervorhob, mit der Ausnahme, daß Cicero die Form der Offenbarung des Rechtes nur in nebensächlicher Maaße mit jener maaßgebenden Eintheilung in eine nähere Verbindung setzt und auch dies nur in der Weise, daß er die Offenbarung des Rechtes durch Schrift, wie ohne Schrift innerhalb des jus civile anerkennt (Partit. Orat. 37, 130.). Die übrigen Merkmale dagegen werden insgesammt dem jus naturale und zwar theilweis an sich und unmittelbar, theilweis wenigstens mittelbar in und durch die summa lex beigelegt. So characterisirt Cicero das jus naturale als ein von Gott oder der Natur oder der ratio ausgegangenes, oder als ein der natura oder der ratio inliegendes und mit derselben übereinstimmendes Recht oder als eine ratio oder ratio naturae; nicht minder als ein ohne Schrift zur Existenz gelangtes[316]), vielmehr urerstes und mit Gott selbst entstandenes, wie auch beharrliches und ewiges, unwandelbares und stetiges und über die Einwirkung positiver Gesetze erhabenes; endlich auch als ein einiges und absolut wahres: als rectum summum, verum, unum, wie als ein gemeinsames, auf Alle ausgebreitetes und über alle Menschen und bei allen Völkern zur Herrschaft berufenes Recht. Nur das weitere Merkmal des Eingeborenseins des jus naturale ist, von Cicero dem Plato entlehnt, jenem Rechtsbegriffe desselben eigenthümlich.

Was nun insbesondere das Merkmal der Gemeingültigkeit des jus naturale bei allen Völkern betrifft, so tritt dasselbe, wie in der griechischen Philosophie, so zunächst auch bei Cicero bloß in der Form eines Postulates auf, oder vielmehr jene Gemeingültigkeit ist zunächst eine lediglich potentielle, indem das jus naturale zu allgemeiner Herrschaft nur die Kraft und den Beruf in sich trägt. Diese Auffassung jenes Merkmales läßt dasselbe als rein speculatives erscheinen und in dieser Bedeutung tritt dasselbe auf in de Rep. III. bei Lactant. Div. Inst. VI, 8, 7.:

316) de Leg. II, 4, 10.: non tum denique incipit lex esse, cum scripta est, sed tum cum orta est; sowie de Leg. I, 6, 19. pr. Mil. 4, 10. in §. 37.

Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna — — — —. Nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac. Sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium Deus: ille legis hujus inventor, disceptator, lator;

sowie in de N. D. II, 31, 79:

Sequitur ut eadem sit in his, quae in genere humano, ratio, eadem veritas utrobique sit eademque lex: quae est recti praeceptio pravique depulsio [316a]).

Allein in dem weiteren Fortgang der Reflexion nimmt jenes Merkmal daneben auch einen wesentlich verschiedenen Character an, insofern dasselbe nunmehr als actuelles aufgefaßt wird und hiermit an die Stelle der nur potentiellen eine thatsächliche und wirkliche Gemeingültigkeit tritt. Dies zeigt sich namentlich in Tusc. I, 13, 30.:

Firmissimum hoc afferri videtur, cur Deos esse credamus, quod nulla gens tam fera, nemo omnium tam sit immanis, cujus mentem non imbuerit Deorum opinio. Multi de Diis prava sentiunt; id enim vitioso more effici solet: omnes tamen esse vim atque naturam divinam arbitrantur. Nec vero id collocutio hominum aut consensus effecit, non institutis opinio est confirmata, non legibus. Omnibus autem in re consensio omnium gentium lex naturae putanda est.

Dennoch haben wir dieser Metamorphose jenes Merkmales der Gemeingültigkeit des jus naturale bei allen Völkern einen entscheidenden und maaßgebenden Einfluß auf die Wesenbestimmung selbst des jus naturale bei Cicero abzusprechen (vergl. §. 42.), vielmehr haben wir jene Aeußerung Cicero's in Tusc. cit. als eine mehr vereinzelte und in ihren ferneren Consequenzen nur angedeutete, nicht aber durchgeführte anzusehen, dagegen anzunehmen, daß in dieser Stelle Cicero zu einer Folgerung sich hinreißen ließ, welche zwar auch in de Off. III, 5, 23. durchschimmert, wohl aber in Widerspruch steht mit anderen an Zahl überwiegenden Sätzen, in denen Cicero ex professo und mit Plan-

316a) Vergl. auch de harusp. respons. 15, 32.: lege — naturae, communi jure gentium sancitum est.

mäßigkeit und bewußter Erwägung eine wesenbestimmende Characterisirung des jus naturale giebt, und die daher von entscheidendem Gewichte für unsere eigene Auffassung dieser Lehre sein mußten.

Anders gestaltet sich die Sachlage hinsichtlich des Merkmales der Gemeingültigkeit des jus naturale für alle Menschen, insofern dieses nur in de Off. III, 6, 27.:

Una continemur omnes et eadem lege naturae

zu Tage tritt, und weder diese Stelle, noch irgend welche andere Grund und Veranlassung bietet zu der Annahme, als habe Cicero jene auf alle Menschen sich erstreckende Gemeingültigkeit des jus naturale als actuelle und durch die Legislationen der verschiedenen Staaten in Form eines jus gentium verwirklichte aufgefaßt.

Haben wir nun aber demgemäß die Merkmale der Gemeingültigkeit des jus naturale für alle Menschen, wie für alle Völker als rein speculative und lediglich in potentia geltende bei Cicero aufzufassen, so können wir nun auch dem jus naturale nur in sehr beschränktem Maaße eine actuelle Bedeutung zugestehen. Dies erkennt Cicero selbst an de Inv. II, 22, 67., da in dieser Stelle die Bedeutung des jus naturale, practisches Recht zu sein, im Wesentlichem darauf beschränkt wird, daß dasselbe zur wissenschaftlichen Rechtsbildung im Wege der Analogie zu benutzen sei (vergl. §. 43.). Ueber diese Gränze hinaus legen wir selbst im Sinne des Cicero dem jus naturale noch die thatsächliche Bedeutung bei, der Legislation den Stoff für ihre neuen Rechtsbildungen zu liefern, — worauf die Bücher de Legibus hindeuten, — wie endlich auch den Menschen als Norm und Regel zu dienen, nach welcher dieselben noch außerhalb der durch die positiven Gesetze gegebenen Gränzen ihr Verhalten und ihre Handlungsweise pflichtgemäß einzurichten berufen sind, — worauf die Bücher de Officiis hinweisen. Allein eine weitere practische Bedeutung haben wir dem jus naturale Cicero's nicht zuzuerkennen, namentlich aber eine innigere und wesentliche Verbindung desselben mit dem positiven Rechte in Abrede zu stellen.

Die Offenbarung des jus naturale nun erfolgt in dreifacher Modalität: theils in der ursprünglichen, der äußeren Form entbehrenden Unmittelbarkeit, als einer rein übersinnlichen, inneren

Anforderung an den Menschen; sodann durch das Medium der Gewohnheit, und endlich in letzter Phase durch das legislatorische Gesetz. In den letzteren beiden Gestaltungen wird jedoch das jus naturale zugleich zum jus civile, während es nur in seiner urersten Unmittelbarkeit reines jus naturale ist. Das jus civile dagegen besteht seinerseits aus einer doppelten Materie: einem Stoffe, den es aus der lex naturae schöpft, und einer dem jus naturale fremden Substanz, welche das gesetzgeberische Ermessen, bestimmt durch die Gestaltung der zu regelnden Verhältnisse, hervorrief. Diese letztere Materie ist entweder einfach fremder Stoff, der sich suppletorisch zum jus naturale verhält, oder es steht derselbe mit der lex naturae im Widerspruch. Im letzteren Falle ist das jus civile in Wahrheit nicht Recht, während der ergänzende Stoff, obgleich nur vergänglich und particulär, doch wahres Recht ist

Was nun schließlich das dritte Problem: Wer ist Rechtssubject? betrifft, so hat Cicero das von den Stoikern aufgestellte Dogma: daß der Mensch als solcher das Rechtssubject sei, mit vielem Nachdruck bezüglich des jus naturae weiter ausgebildet und durchgeführt. Allein da diese Position in dem innigsten Zusammenhange steht mit der Lehre von der societas hominum, so verbinden wir die hier einschlagenden Sätze mit der Erörterung dieser Lehre selbst in §. 46.

Viertes Capitel.

Gegenseitiges Verhältniß von jus naturale, aequum et bonum und jus gentium.

§. 42.

Verhältniß zwischen jus naturale, aequum et bonum und jus gentium nach Cicero.

Indem wir nach Darlegung der der Aufgabe unseres Werkes anheimfallenden drei Lehrbegriffe bei Cicero uns schließlich dazu wenden, das gegenseitige Verhältniß derselben in Einem Ueberblicke festzustellen, so haben wir zunächst das vulgäre aequum et bonum und das jus gentium als Materien anzusehen, welche, was die Lehre an sich betrifft, einander völlig fremd bleiben. Denn wie die vulgäre aequitas überhaupt gar nicht zum Gegenstande einer Theorie erhoben, noch auch ihrem Wesen und Begriffe nach wissenschaftlich construirt worden war, so finden wir auch, daß die Ueberlieferungen Cicero's über das jus gentium in keiner Weise das Anerkenntniß einer inneren Beziehung beider Materien verrathen. Diese Thatsache erledigt nun zwar weder, noch schließt sie aus die weitere Frage, inwiefern die einzelnen Institute und Satzungen des jus gentium, sowie überhaupt das demselben eigenthümliche, allgemein leitende Princip jenen Anschauungen des röm. Volkes entsprachen, welche unter dem Titel der aequitas dessen ureigenste rechtliche Ueberzeugung vertraten; allein gerade diese Frage liegt unserem gegenwärtigen Gesichtspunkte fern und kann erst an späterer Stelle auf Grund weiterer Unterlagen zur Erledigung gebracht werden.

In gleichem Verhältnisse der Nichtberührung steht die Theorie der wissenschaftlichen aequitas zur Lehre vom jus gentium, indem wir hier mit voller Bestimmtheit zu erkennen vermögen, wie Beide von Cicero einander vollständig fern gehalten werden.

Auch durch Anerkennung dieses Sachverhaltes wollen wir indeß in keiner Weise der Entscheidung der Frage präjudiziren, ob nicht und welche innere Verbindung zwischen dem durch die wissenschaftliche aequitas vertretenen Rechtsprincipe und dem jus gentium obwaltete.

Eine Verknüpfung des jus naturale hinwiederum mit der aequitas tritt bei Cicero zwar auf das Deutlichste zu Tage; allein indem in solcher Verbindung diese aequitas zu dem selbstständigen und besonderen Begriffe sich gestaltet, den wir als die rechtsphilosophische aequitas bezeichneten, so löste sich dieser Begriff ebensowohl von der vulgären, wie von der juristisch-wissenschaftlichen aequitas vollständig ab und gestaltete sich zu einem für sich bestehenden Ganzen, dem die Beilage I. gewidmet ist. Im Uebrigen wird eine Einordnung der juristisch-wissenschaftlichen aequitas in das jus naturale in der Art, daß die erstere zu einem leitenden Principe der letzteren erhoben würde, von Cicero zwar mehrfach angedeutet, (so namentlich de Off. III, 17. in Verbindung mit c. 13. 14. 16.), allein ein speciell hierauf gerichteter Ausspruch findet sich in den Werken Cicero's nirgends vor, und diese Erscheinung, welche auf den ersten Anblick in hohem Maaße auffällig ist, erklärt sich doch ganz natürlich durch die von Cicero selbst de Inv. II, 22, 67. (s. §. 43.) berührte Thatsache, daß bei der Rechtspflege der damaligen Zeit das jus naturale eine nur untergeordnete Rolle spielte, noch überhaupt in besonderem Ansehen stehen mochte. Denn hieraus ergiebt sich, daß Cicero in seinen Lehrbüchern über die Rhetorik, in denen auch jene wissenschaftliche aequitas mit zur Erörterung gelangte, auf deren Uebereinstimmung mit der lex naturae durchaus kein Gewicht legen durfte, während andrerseits wiederum in philosophischer Beziehung jene aequitas allgemeineren leitenden Grundsätzen untergeordnet, sonach aber in und mit diesem, nicht aber für sich allein der lex naturae überwiesen wurde. Dagegen eine wahre Verbindung seines jus naturale mit der vulgären aequitas vermochte Cicero nicht zu vermitteln, daher jene Lehre der letzteren Materie völlig fremd steht. Dennoch aber müssen wir zwischen Beiden innere Beziehungen voraussetzen, deren Nothwendigkeit dadurch gegeben ist, daß in der aequitas die rechtliche Anschauung des Volksgeistes ihren Ausdruck fand,

von dieser Anschauung aber auch Cicero bei der Construction seines jus naturale beherrscht wurde. Doch fällt auch diese Frage einer späteren Erörterung anheim.

Was endlich das Verhältniß zwischen jus gentium und jus naturale betrifft, so haben wir bereits in §. 14 darauf hingewiesen, wie eine Selbstständigkeit und partielle Verschiedenheit des Inhaltes Beider obwaltet, während allerdings andrerseits wiederum eine Uebereinstimmung in einzelnen Punkten namentlich aus de Off. III, 5, 23. sich ergiebt. Dies schon bedingt, daß auch in Beziehung auf die Begriffe selbst von Beiden eine wesentliche Verschiedenheit nicht allein obwaltet, sondern auch von Cicero selbst wohl gewußt und anerkannt ist. Diese Thatsache wird aber in der That auch durch die von Cicero gegebenenen Bestimmungen und resp. Andeutungen über das Wesen des jus naturale und jus gentium, sowie durch die unzweideutige Unterscheidung eines zwiefältigen Begriffes von jus civile [317]) so über allen Zweifel erhoben, daß lediglich in einer nur vereinzelten Anschauung des von Cicero gebotenen Quellenmaterials der Grund gefunden werden kann, der die moderne Rechtswissenschaft zu der irrigen Annahme einer Identität von jus naturale und jus gentium im Munde Cicero's verführte [318]). Dennoch mag nicht verkannt werden, daß, wenn die römische Jurisprudenz der folgenden Perioden selbst eine Gleichheitserklärung des jus naturale und jus gentium aussprach, die erste Veranlassung und die mitwirkende Ursache solcher traurigen Begriffsverwirrung bereits in den Lehrsätzen Cicero's, ja vielleicht schon in den Dogmen der griechischen Philosophie zu suchen ist, und die Darlegung dieser für die nächste Periode bestimmenden Momente bildet die äußerste Gränze, mit welcher wir sodann unsere Erörterung über die in Frage gestellten Lehren Cicero's abschließen.

---

317) Dies namentlich in Part. Orat. 37, 130., wo das jus gentium und die majorum mos, d. i. das jus civile non scriptum der lex d. i. dem jus civile (im Gegensatz zur natura d. i. dem jus naturale) untergeordnet werden.

318) Eine löbliche Ausnahme macht Schaaf Gratama, Diss. qua exponuntur M. Tullii Cic. philos. de jure, civit. et imperio principia, Groning. 1827. Cap. I. Sect. IV. §. 1.

In der Characterisirung des jus naturale wie des jus gentium finden wir ein diesen Beiden zukommendes Merkmal: das der Gemeingültigkeit für alle Menschen. Die Gleichheit dieses Merkmales ist jedoch lediglich eine äußere, während dem Sinne nach eine wesentliche Verschiedenheit je nach dessen Beziehung auf das jus gentium oder jus naturale obwaltet. Dem Letzteren nämlich kommt jene Gemeingültigkeit zunächst lediglich als potentielle, somit in der Weise zu, daß dadurch in Bezug auf eine thatsächliche und wirkliche Herrschaft über alle Menschen dem jus naturale zunächst nur der innere Beruf und die höhere Bestimmung beigelegt wird, während die Realität solcher Gemeingültigkeit durch jenes Merkmal dem jus naturale in keiner Weise attribuirt wird, vielmehr als ein lediglich zufälliges Moment selbstständig zu demselben hinzutreten würde. Anders gestaltet sich die Beziehung dieses Merkmales zum jus gentium: diesem gegenüber enthält die Angabe der Herrschaft über alle Menschen mit innerer Nothwendigkeit die Hindeutung auf einen thatsächlich und wirklich bestehenden Zustand, daher hier jene Gemeingültigkeit zunächst lediglich eine actuelle ist, für welche dann die potentielle nur als ein rein zufälliges Moment in Betracht kommt. Sonach bezeichnet das Merkmal der Herrschaft über alle Menschen bezüglich des jus naturale lediglich das Berufensein des Rechtes zu dieser Herrschaft, bezüglich des jus gentium dagegen das Innehaben und Ausüben dieser Herrschaft von Seiten des Rechtes; dort ist der Gesichtspunkt, nach dessen Maaßgabe dem jus naturale jenes Merkmal attribuirt wird, die Fähigkeit des Rechtes, frei von allen politischen und nationalen Voraussetzungen in der Person über die Letztere zu herrschen; bezüglich des jus gentium dagegen bildet den leitenden Gesichtspunkt die Herrschaft des Rechtes über die Person je nach deren Status oder vielmehr der Grund seiner Herrschaft über die Person (vergl. §. 15.); dort fällt der leitende Gesichtspunkt jenes Urtheiles vollständig in das Gebiet der Speculation, daher das Merkmal, welches nach seiner Maaßgabe gesetzt wird, selbst ein rein speculatives und an sich unabhängig von historisch gegebenen Voraussetzungen ist; hier ist der leitende Gesichtspunkt streng bedingt durch eine geschichtlich positiv gegebene Gestaltung der Verhältnisse, dem zu Folge das ihm entsprechende Merkmal ein rein empirisches ist.

Sonach stellt sich die actuelle Gemeingültigkeit des Rechtes für alle Menschen als ein empirisches Merkmal dar, welches dem jus gentium als grundwesentliches zukommt, weil eben darin von Vorn herein seine Wesenheit beruht, ein über alle [freien] Menschen herrschendes Recht zu sein, während dem jus naturale dasselbe als rein zufälliges Merkmal zukömmt, insofern für dessen Begriff es vollständig gleichgültig ist, ob es in Wirklichkeit solche Herrschaft ausübt oder nicht. Dagegen die potentielle Gemeingültigkeit ist rein speculatives Merkmal, welches bezüglich des jus naturale ein wesentliches, wenn auch abgeleitetes ist, indem aus dessen Ausgange von Gott mit Nothwendigkeit jene Gemeingültigkeit als Folge sich ergiebt, während bezüglich des jus gentium dieses Merkmal ein rein zufälliges ist, insofern es für dessen Wesenheit gleichgültig erscheint, ob es den Beruf zu allgemeiner Herrschaft über die Person in Wahrheit in sich trägt, oder lediglich nur usurpirt.

Indem nun das jus naturale von Cicero, wie bereits von der griechischen Philosophie in dem angegebenen Sinne als ein für alle Menschen gemeingültiges Recht characterisirt ward, das Wesen des jus gentium aber darin bestand, ein derartiges Recht in Wirklichkeit zu sein, so lag für einen unbewachten Gedanken nicht allein die Annahme nahe, daß das jus gentium nur ein in positiver Form ausgeprägtes und verwirklichtes jus naturale sei, sondern auch die weit gefährliche Annahme, daß jene Gemeingültigkeit dem jus gentium und jus naturale in ganz gleichem Sinne und als ein identisches Merkmal zukomme, ein Irrthum, an welchen sodann eine endlose Kette weiterer Irrthümer in consequenter Folgereihe sich anknüpfen mußte. Ein Anzeichen dafür nun, daß bereits Cicero dieser Versuchung unterlegen, finden wir jedoch nirgends, und wenn wir in der folgenden Periode die römischen Juristen dem unheilvollen Einflusse jener Verknüpfung unterliegen sehen, so vermögen wir die directe Veranlassung hierzu wenigstens nicht bei Cicero zu entdecken. Wohl aber finden wir die ersten Spuren einer derartigen Begriffsverirrung bei Cicero bezüglich eines anderen dem jus gentium und jus naturale gemeinsamen Merkmales, in welchem die nämliche oberörterte innere Verschiedenheit obwaltet, des Merkmales nämlich der Gültigkeit des Rechtes bei allen Völkern.

Unter den mannichfachen Verstößen nämlich, welche sich die antike Rechtsphilosophie gegen die Gesetze des materialen, wie formalen Denkens zu Schulden kommen ließ, findet sich, als Quelle vielfältiger Verwirrung, die Gleichheitserklärung der Gemeingültigkeit des Rechtes bei allen Völkern einerseits, sowie der Herrschaft des Rechtes über alle Menschen andrerseits. Diese Gleichstellung ist ebensowohl thatsächlich unwahr gegenüber den antiken Staats- und Rechtsverhältnissen (vergl. §. 80.), wie auch nach den Regeln des Denkens an sich unrichtig. Bereits Cicero giebt sich jedoch, obgleich nur aus Unbedachtsamkeit und im Flusse der Rede, nicht aber in bewußter Erwägung und unter Anerkennung der weiteren Consequenzen, in de Off. III, 5, 23. jenem Irrthum hin (vergl. § 14.), während die römische Jurisprudenz der nächsten Periode auf dieser angedeuteten Bahn von Consequenz zu Consequenz weiter schreitet. So nun kommt es, daß ein Merkmal, welches von Vorn herein dem jus gentium in Wahrheit gar nicht zukömmt, doch im Verlaufe der wissenschaftlichen Behandlung immer inniger und fester mit dem Letzteren sich verbindet, und daß in Folge dessen die Gemeingültigkeit bei allen Völkern als ein dem jus naturale und jus gentium gleichzeitig zukommendes Merkmal angesehen ward.

Fassen wir nun den von der römischen Wissenschaft genommenen Ausgangspunkt in's Auge, wonach die Characterisirung des jus gentium als eines bei allen Völkern gültigen Rechtes auf einer Gleichstellung dieses Merkmales mit dem der Herrschaft über alle Menschen beruht, so kömmt jene nationale Gemeingültigkeit dem jus gentium ebenfalls als actuelle zu und sie erscheint als empirisches Criterium, gegeben durch den Standpunkt der comparativen Jurisprudenz; dagegen auf Seiten des jus naturale wird dieses Merkmal im Wesentlichen wiederum und lediglich als potentielles aufgefaßt, demgemäß es als rein speculatives Criterium sich darstellt, gegeben durch die Betrachtung des Rechtes je nach dessen innerer und sachlicher Unabhängigkeit von der rechtsconstituirenden Thätigkeitsentfaltung nationaler Sitte und Gesetzgebung. Beidemal ist daher das Merkmal der Gemeingültigkeit bei allen Völkern ein wesentlich verschiedenes und die Gleichheit desselben ist nur eine äußere und sprachliche. Dennoch stellt Cicero mit Rücksicht auf dieses in Wahrheit ver-

schiedene Merkmal das jus naturale und jus gentium neben einander in de Off. III, 5, 23.:

> Neque vero hoc solum natura et jure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publicae continentur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri. Vergl. auch §. 41. p. 210.

Zwar ist nun diese mit Rücksicht auf jenes Merkmal beschehene Verbindung von jus gentium und jus naturale bei Cicero selbst ohne nachtheilige Consequenz geblieben, ja wir mögen überhaupt jener Stelle alles maaßgebende Gewicht absprechen, weil, wie oben und in §. 14. bemerkt, gerade diese Stelle mehr als Ausdruck eines flüchtigen Gedankens, denn als Product einer wohlerwogenen Reflexion zu gelten hat, allein dennoch können wir in einer derartigen Auslassung den Keim jenes weitgreifenden und folgereichen Irrthumes erblicken, der bei den römischen Juristen der folgenden Perioden üppig wuchernd sich entfaltete und eine endlose Verwirrung in die Lehre vom jus gentium hineintrug.

Endlich kommt noch in Berücksichtigung eine Stelle aus M. Tullius Tiro, einem Zeitgenossen des Cicero, bei Gell. VII, 3.:

> Quae non jure naturae aut jure gentium fieri prohibentur, sed jure legum rei alicujus medendae aut temporis causa jussarum,

indem diese Stelle einerseits das obige Resultat insofern bestätigt, als darin das jus naturale und jus gentium disjunctiv, somit in vollkommene Selbstständigkeit neben einander gestellt werden, andrerseits aber die gemeinsame Gegenüberstellung Beider zum jus civile eine höchst beachtenswerthe Andeutung dafür enthält, wie bereits das Zeitalter Cicero's ein gemeinsames jus civile dem jus naturale und gentium entgegenzusetzen und zwischen den letzteren Beiden einen höheren Grad innerer Verwandtschaft anzuerkennen geneigt war, die selbst wieder darauf gestützt scheint, daß dem jus gentium eine Verwirklichung der absoluten Rechtswahrheit beigemessen wurde.

§. 43.

Stellung der Jurisprudenz zu der Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium.

Indem wir mit Abschluß der gegenwärtigen Periode unsere Aufmerksamkeit schließlich noch der von selbst sich aufdrängenden Frage zuwenden, welche Stellung den von uns behandelten Lehren gegenüber wir der juristischen Theorie im Allgemeinen zuzuweisen haben, so kann es zunächst bezüglich der wissenschaftlichen aequitas keinem Zweifel unterliegen, daß Cicero in dieser Lehre als Vertreter des wissenschaftlichen Bewußtseins und der juristischen Theorie seiner Zeit uns zu gelten hat. Denn nicht allein fanden wir in §. 10. und 11. einen Q. Mucius Scaevola Pontif., L. Licinius Crassus, M. Antonius, C. Calpurnius Piso, C. Galba, sonach Koryphäen sowohl der Jurisprudenz, wie der dem Privatrechte gewidmeten gerichtlichen Beredtsamkeit als Träger jener Lehre und als Theilnehmer an den damit verknüpften Controversen, sondern wir werden auch im III. Theile unseres Werkes neue Namen und Belege beibringen, welche beweisen, daß wir gerade in der Lehre von der aequitas ein Thema erblicken dürfen, welches die Aufmerksamkeit der Rechtswissenschaft jener Zeit im höchsten Grade in Anspruch nahm, ja das wahrscheinlich die wichtigste Principienfrage enthielt und als der Mittelpunkt der theoretischen Bestrebungen der Rechtswissenschaft des Ciceronianischen Zeitalters zu gelten hat. Dagegen die vulgäre aequitas kann noch nicht in den Kreis der wissenschaftlichen Betrachtungen der Juristen jener Zeit eingetreten sein, da wir entgegengesetzten Falles eine andere Stellung derselben bei Cicero finden müßten.

Hiernächst bezüglich des jus gentium kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dieses den Juristen dieser Periode in jener Wesenbestimmung, die wir als die historisch gegebene anerkennen, sonach als ein jus commune omnium [liberorum] hominum bekannt war. Die anderweite Frage dagegen, ob das jus gentium als Gegenstand der wissenschaftlichen Behandlung von Seiten der Rechtstheorie zu gelten hat, haben wir zu verneinen, auf Grund der Wahrnehmung, daß insbesondere die schriftstellerische Thätigkeit der Juristen während der gegenwärtigen Periode jener

Rechtsmaterie im Allgemeinen fremd blieb. Denn, abgesehen von den ältesten literärischen Producten, so wissen wir auch aus der späteren Zeit nur von commentarii juris civilis des Cato, den sieben Büchern de jure civili des M. Junius Brutus, den zehn Büchern de jure civili des P. Mucius Scaevola, den sieben Büchern de jure civili des M. Manilius, den Büchern de jure civili des Q. Mucius Scaevola, Schriften, welche nicht bloß durch ihre Titel, sondern auch dadurch dem jus gentium fremd erscheinen, daß das in ihnen befolgte System zumeist an die Ordnung der XII Tafeln sich anlehnte, indem erst zu einer Zeit, wo Cicero selbst in höherem Lebensalter stand, die Ordnung des Edictes zur Grundlage schriftstellerischer Productionen, namentlich auch von Servius Sulpicius Rufus erwählt [319]) und hiermit wahrscheinlich auch das jus gentium in den Kreis der behandelten Materien eingeführt wurde.

Müssen wir aber hieraus entnehmen, daß, wie dies auch durch andere Gründe unterstützt wird, die Wissenschaft dieses Zeitalters noch durch das Ringen nach Herrschaft über den Stoff des jus civile vollkommen in Anspruch genommen war, sonach aber das jus gentium im Allgemeinen eine höchstens untergeordnete Betrachtung von Seiten der Rechtsheorie finden konnte, so haben wir auf Grund dieser Voraussetzung auch anzuerkennen, daß eine tiefere Reflexion über das Wesen des jus gentium, über seine letzten Gründe, seine Gränzen, wie über die Consequenzen, die aus Alle dem sich ergeben, nicht Platz greifen konnte. Hiernach haben wir aber auch die Annahme zurückzuweisen, als hätten die römischen Juristen, gestützt auf die comparative Jurisprudenz, durch eine Vergleichung des römischen und fremder jura civilia eine Erweiterung des jus gentium anstreben oder auch nur dessen Characteristrung als jus commune omnium gentium aussprechen können. Denn wenn das jus gentium überhaupt einer höheren, wissenschaftlichen Behandlung fern stand, so konnte dessen Wesenbestimmung auch nicht auf ein Merkmal gestützt werden, welches seiner Beschaffenheit nach lediglich auf einer wissenschaft-

319) Cic. de Leg. I, 5, 17: non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a XII tabulis, ut superiores — — juris disciplinam hauriendam putas? Vergl. auch de Leg. II, 23, 59: Discebamus enim pueri XII, ut carmen necessarium.

lichen Thätigkeit beruht. Und selbst wenn eine streng historische Forschung der Rechte der einzelnen peregrinen Völker dem auf die comparative Jurisprudenz gestützten jus gentium zu keiner Zeit zu Grunde gelegt wurde, vielmehr die Entscheidung darüber, ob ein Rechtsinstitut diesem jus gentium angehöre, auch Seitens der Rechtstheorie lediglich auf die Wahrnehmung gestützt wurde, daß jenes Institut in seinen allgemeinen Grundzügen im Rechte der bekannten auswärtigen Völker sich vorfand, so setzt doch solche wissenschaftliche Operation immer mit innerer Nothwendigkeit voraus, daß nicht allein die Theorie dem jus gentium eine höhere Aufmerksamkeit widmete, was wir im Obigen in Abrede stellten, sondern daß auch die Beobachtung des Privatrechtes fremder Völker den röm. Juristen geläufig war, was für die gegenwärtige Periode ebenfalls nicht wahrscheinlich ist, da wir während derselben einen specifisch römischen Standpunkt bei Auffassung des Rechtes im Allgemeinen wahrnehmen (vergl. §. 51).

Endlich das dritte der in Frage zu ziehenden Merkmale des jus gentium, durch welches die folgende Periode das Letztere mit der ratio naturalis und durch diese wiederum mit dem jus naturale in innere Verbindung setzt, haben wir ebenfalls als der Jurisprudenz dieses Zeitalters vollkommen fremd anzusehen, einestheils um der Stellung willen, die wir gegenüber der Lehre vom jus naturale der Rechtswissenschaft einzuräumen haben, anderntheils aber auch namentlich aus dem Grunde, weil Cicero selbst nicht die geringste Andeutung einer derartigen Characterisirung des jus gentium giebt (§. 14).

Die letzte Frage endlich, ob wir der Jurisprudenz dieser Periode irgend welche Theilnahme an der Cultur der Lehre vom jus naturale, sei es durch theoretische Behandlung, sei es durch Uebertragung derselben und Anwendung auf die Verkehrsverhältnisse des bürgerlichen Lebens beizumessen haben, ist mit Bestimmtheit zu verneinen, indem wir die Bekanntschaft der Jurisprudenz mit der Philosophie als eine noch zu neue anzusehen haben, als daß wir eine derartige philosophische Thätigkeit der Ersteren in einem wenigstens nur annäherungsweise allgemeineren Maaße annehmen dürften. Vergegenwärtigen wir uns nämlich die frühesten Schicksale der Philosophie zu Rom, so finden wir, daß erst von Zeit der berühmten Philosophengesandtschaft an, nämlich vom J.

599. d. St., wo der Stoiker Diogenes, der Peripathetiker Critolaus und der Akademiker Carneades als Gesandte Athens nach Rom kamen und durch den Reiz der Neuheit die römische Jugend an ihre Vorträge über philosophische Gegenstände fesselten, die Philosophie eine nennenswerthe Beachtung zu Rom zu finden begann. Von hier aus verbreitete sich allmählig eine dilettantenmäßige Cultur der griechischen Philosophie in immer weiteren Kreisen, bis wir endlich in Cicero's Zeitalter bereits alle Männer, von wissenschaftlichem Namen wenigstens als Verehrer und Freunde derselben genannt sehen [320]). Dennoch war es erst Cicero selbst, der der Philosophie eine allgemeinere und fester begründete Herrschaft zu Rom bereitete, und der insbesondere als der erste Römer eine selbstständige und literärische Verarbeitung der griechischen Lehren unternahm, und, indem er dieses in vaterländischer und dabei allgemein verständlicher Sprache that, wesentlich dazu beitragen mochte, die Philosophie zu einem Gemeingute aller Gebildeten zu machen und so die Vorurtheile zu beseitigen, die bisher noch der Ausbreitung der Philosophie hindernd in dem Wege gestanden hatten [321]). Wie wenig wir daher einerseits verkennen, daß Cicero bereits in größeren Kreisen der Träger der Wissenschaft und Jurisprudenz, wie der geistigen Bildung und des veredelten Geschmackes überhaupt eine Bekanntschaft, ja theilweis sogar Vertrautheit mit den Lehren der Philosophie bei seinen Landsleuten vorfand, so haben wir doch auch andrerseits festzuhalten, daß wiederum Cicero selbst es ist, der jene Kenntniß der Philosophie zu Rom wesentlich verallgemeinerte, und die geistige Empfängniß und das fruchtbringende Verständniß jener Lehren mächtig förderte [322]). Namentlich aber, — und dies mag als Hauptpunkt gelten, — zeigte nicht nur Cicero seinen Mitbürgern den Weg, in selbstständiger und eigener Weise die Dogmen

320) Vergl. Tennemann, Gesch. der Philos. V. p. 9. sq. Bähr, Gesch. der röm. Literatur §. 326 sq. Jan. Messchert van Vollenhoven, de exigua vi quam philosophia graeca habuit in efformanda jurisprud. Rom. Amstelod. 1834. c. 1. Stahr, Aristotelia II sq. 135. sq. Arist. unter den Römern, p. 1 sq. Vergl. auch §. 49.

321) Vergl. namentlich Plut. Cicero 5., Cic. de Orat. II, 1. 36. 37. III, 22. Quint. J. O. II, 17, 6.

322) Vergl. Tusc. I, 3, 5.: philosophia jacuit usque hanc aetatem.

Griechenlands weiter zu verarbeiten und nach einer practischen Richtung hin zu verfolgen, sondern durch Verbindung mit angestammten heimischen Vorstellungen, wie mit gegebenen Verhältnissen verpflanzte er jene Lehren auch in das Gebiet vertrauten Ideenverkehres und wohlgekannter Disciplinen, wie auf den Boden einer thatsächlichen Wirklichkeit.

Tragen wir nun diese allgemeinen Sätze auf die Stellung der römischen Jurisprudenz insbesondere zur Philosophie, sowie vornämlich zur Lehre vom jus naturale über, so gewinnen wir hiermit das Resultat, daß wir zwar der Jurisprudenz dieser Periode weder die Bekanntschaft mit der Philosophie abzusprechen haben, noch auch folgegemäß allen Einfluß der Letzteren auf die Anschauungsweise der Ersteren und auf deren Gedankenverkehr aberkennen dürfen. Wohl aber können wir weder eine unmittelbare, offenkundige und planmäßige Uebertragung der philosophischen Dogmen auf die Jurisprudenz annehmen, oder überhaupt nur eine selbstständige und eigene, ungebundenere und freie Behandlung der in der griechischen Philosophie überwiegend abstract und ideal gehaltenen Lehre vom jus naturale voraussetzen, noch auch sind wir berechtigt, eine practische und in die Rechtsverhältnisse selbst direct eingreifende Anwendung jener Lehre und insbesondere wieder eine Verbindung derselben mit dem historisch gegebenen jus gentium zu statuiren, wie überhaupt eine attractive und reformirende Einwirkung derselben auf die Rechtsmaterie selbst anzuerkennen. Und gleichwie jede Idee, die als eine dem Geiste selbst genetisch fremde Vorstellung von Außen her uns zugeführt und inspirirt wird, selbst dann, wenn wir dieselbe erfassen und in denkender Verarbeitung zu unserem eigenen geistigen Eigenthume erheben, doch eines gemessenen Zeitraumes bedarf, bevor wir die Herrschaft über den ursprünglich fremden Stoff in der Maaße gewonnen haben, um zu einer eigenen und freien, selbstständigen und unabhängigen Anwendung derselben, zu einem pragmatisirenden Gebrauche und einer practischen Verwirklichung zu verschreiten; so fanden wir bereits bei Cicero erst die leisesten Spuren einer Verbindung des jus naturale mit dem jus gentium, und so mögen wir auch bei der Fachjurisprudenz seiner Zeit keine Uebertragung jener Lehre auf die Praxis oder eine Verknüpfung derselben mit dem jus gentium erwarten.

Dieses gesammte Resultat erhält seine Bestätigung durch einen dreifältigen Beweisgrund, den das Zeugniß Cicero's selbst bietet: zunächst de Inv. II, 22, 67:

> Ac naturae quidem jura minus ipsa quaeruntur ad hanc controversiam, quod neque in hoc civili jure versantur et a vulgari intelligentia remotiora sunt; ad similitudinem vero aliquam aut ad rem amplificandam saepe sunt inferenda;

denn indem in dieser Stelle Cicero die Brauchbarkeit des jus naturale für die negotialis constitutio generalis d. h. für die specielle Schuldfrage selbst, somit für die wichtigste processualische Rechtsfrage, ausdrücklich in Abrede stellt, weil jenes theils dem gemeinen Verständniß fern lag, theils aber auch dessen Herbeiziehen zu Fragen des positiven Rechtes ganz ungebräuchlich war; indem vielmehr Cicero nur die Anwendbarkeit durch Analogie für das jus naturale zu postuliren wagt, so müssen wir diesem Zeugnisse ein um so größeres Gewicht beimessen, als wir namentlich aus dem ersten Buche de Legibus ersehen, welche Ideen practischer Anwendbarkeit und Verwirklichung des jus naturale dem Cicero vorschwebten und als Ziel seiner Bestrebungen in Wahrheit inwohnten, daher wir getrost auf jenen resignirenden Ausspruch in dem Systeme der practischen Beredtsamkeit die Annahme stützen dürfen, daß in der That das bürgerliche Recht jener Zeit von dem Einflusse der Philosophie noch vollkommen unberührt geblieben war.

Ein zweites, diese Thatsache bestätigendes Moment liegt darin, daß Cicero selbst die Jurisprudenz und die Philosophie, wie insbesondere auch die Theorie vom Naturrecht in schroffem und directem Gegensatze auffaßt und darstellt, so namentlich de Leg. I, 4. 5., de Off. III, 17. init. u. ö.; wie endlich auch, daß Cicero die in formaler Beziehung sich geltend machenden Einwirkungen der Philosophie auf die Rechtswissenschaft, den Uebergang der Theorie zu einem geordneten Systeme des Rechtes in der That nachdrucksvoll hervorhebt, dagegen von einem actuell bildenden und umgestaltenden Einflusse der Lehre vom jus naturale auf die Rechtsmaterie selbst in Wahrheit nicht die geringste Andeutung uns giebt, vielmehr in dieser Beziehung der Philosophie nur eine potentielle Bedeutung beimißt, und erst durch eine warme Anempfehlung derselben an die Wissenschaft und

Jurisprudenz seiner Zeit die Verwirklichung solcher Anwendung der philosophischen Lehren zu vermitteln und anzustreben sich veranlaßt sah.

Fassen wir nun die Ergebnisse der obigen Ausführung in Verbindung mit den in §. 49 zu gebenden weiteren Thatmomente zur endgültigen Constatirung des Verhältnisses der Jurisprudenz dieser Periode zur Philosophie in einer Summe zusammen, so gewinnen wir die drei Positionen: daß die römischen Juristen der Pflege und Cultur der Philosophie in keiner Weise fern standen, vielmehr der Beschäftigung, ja dem Studium derselben eifrig oblagen; daß ferner diese Bestrebungen bereits zu Cicero's Zeit insofern ihre Früchte trugen, als eine vollkommenere Methode der wissenschaftlichen Behandlung des Rechtes und namentlich ein vollendeteres System des Letzteren daraus hervorging; daß dagegen ein unmittelbarer Einfluß der Philosophie auf die Materie des Rechtes und die normative Haltung der Rechtssätze, wie insbesondere eine planmäßige und wohlerwogene Verbindung des jus naturale mit dem bürgerlichen Rechte und namentlich mit dem jus gentium, überhaupt endlich eine practische Anwendung des jus naturale auf die Verkehrs- und Rechtsverhältnisse des bürgerlichen Lebens noch nicht erfolgt war, wenn gleich wir die ersten bestimmenden Voraussetzungen und wirkenden Ursachen solcher Erscheinung in den beiden ersten obigen Momenten nothwendig erkennen müßen.

Nach Alle dem können wir die gegenwärtige Periode mit dem Resultate abschließen, daß wir, was die in unserem Werke in Betracht gezogenen drei Lehren und deren Auffassung und Behandlung anbetrifft, in Cicero im Allgemeinen einen Repräsentanten der gesammten juristischen Doctrin anerkennen dürfen, nur daß Cicero in Bezug auf das philosophische Element in jenen Lehren seine sachjuristischen Zeitgenossen unzweifelhaft um ein Bedeutendes überragte, während im Uebrigen in seinen Werken ein ziemlich getreues Bild von der Affassung jener Lehren Seitens der juristischen Theorie jener Zeit sich uns bieten mag.

Zweite Periode.

Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium

bis zum Verfall der römischen Rechtswissenschaft.



Jurisp
der p
anla

Be
zu
d

Erstes Capitel.

Einfluß der Philosophie auf die römische Rechtswissenschaft.

§. 44.

Einfluß der Philosophie im Allgemeinen auf das geistige Leben Roms.

Mit Cicero's Zeitalter beginnt die Einwirkung der Philosophie auf das geistige Leben Rom's: ein wichtiger Moment, der den Schlüssel bietet zur Erklärung so vieler Erscheinungen, welche die Periode des Kaiserreiches als einen neuen Abschnitt in der Entwickelung der römischen Zustände abgränzen von dem Zeitalter der Republik. Namentlich für den Gegenstand unserer Erörterung muß jene Thatsache als ein Epoche machendes Ereigniß aufgefaßt werden, daher uns insbesondere die Frage nahe tritt, in welcher Weise wir den Einfluß der Philosophie auf röm. Wissenschaft und Leben im Allgemeinen uns zu vergegenwärtigen haben. Diese Frage selbst aber ist nach mehrfachem Gesichtspunkte aufzufassen und zu beantworten.

Zunächst als das Agens stellt sich vor Allem die Philosophie in ihrer Totalität dar: die Gesammtheit ihrer Lehren und ihrer neuen Ideen ist es, welche mit mächtigem Schwunge das röm. Volk zu freierem und erhabenerem Gesichtspunkte emporführt, seinen geistigen Horizont erweitert, und ebensowohl neue Vorstellungen in den gewohnten Ideenkreis hineinträgt, wie das Bekannte selbst in einem anderen Verhältnisse zu seiner Umgebung erschauen läßt; insbesondere sind es aber einzelne Lehren der Philosophie, welche, dem röm. Volke bisher fremd, in dessen Vorstellungskreis eindringen, einen wesentlichen Umschwung der Anschauungsweise hervorbringen und so einen ganz besonderen und hervorragenden Einfluß sich erringen.

Sodann das Gebiet dieses zwiefältigen Einflusses bildet zunächst Wissenschaft und Geistesleben Rom's im Allgemeinen: anfänglich getragen von den begabtesten Geistern und den denkenden Köpfen der Nation, verallgemeinern sich die neuen Ideen mehr und mehr, bis sie zuletzt bis in die tieferen Schichten des Volkes herabsinken, und hier in größerer oder geringerer Klarheit der Vorstellung einen Einfluß auf das gesammte geistige Leben der Nation ausüben. So afficiren jene Lehren die Anschauungsweise des gesammten Volkes und manifestiren sich hier, wie auf dem Gebiete des veredelteren geistigen Verkehres in Wissenschaft und Kunst. Innerhalb dieses großen Gebietes des Einflusses der Philosophie heben sich jedoch zwei Zweige der Wissenschaft ab, wo dieser Einfluß ein besonderes Gewicht erlangt: die Philosophie selbst, wie sie vom Zeitalter Cicero's abwärts sich gestaltet: hier erblicken wir ein Gebiet, wo jene ältere Philosophie beständig ihre eigenen Ideen reproducirt und durch diese ununterbrochene Wiedergeburt ihren Einfluß stetig erneut und kräftigt; sodann endlich die Jurisprudenz, die, bisher alles höheren philosophischen Strebens bar, durch die ihr innig verwandten Untersuchungen der Philosophie über Staat und Gesetz, Recht und Pflicht lebhaft afficirt und durch den freieren Blick der Ersteren selbst an eine freiere Anschauungsweise gewöhnt wird.

Auch hier nun, innerhalb der Jurisprudenz, wirkt die Philosophie sowohl in ihrer Gesammtheit, wie vornämlich durch einzelne ihrer Lehren, und dies wiederum in der doppelten Richtung, theils auf die Rechtswissenschaft im Allgemeinen, theils auf einzelne Rechtslehren insbesondere.

Um nun diesen Einfluß der Philosophie auf die röm. Jurisprudenz richtig würdigen zu können, fassen wir zunächst die Einwirkung derselben auf röm. Wissenschaft und Leben im Allgemeinen in's Auge und werfen sodann einen Blick auf die fernere Gestaltung der röm. Philosophie.

Die Geschichte der Philosophie bei einem Volke bildet eins der wichtigsten Stücke in der Biographie desselben: denn die Philosophie repräsentirt das Bewußtsein der Vorstellungen. Der Zeitpunkt, wo ein Volk zur Kenntniß speculativer Weisheit und zur Fertigkeit des philosophirenden Geistes gelangt,

gleicht daher der Phase in der Entwickelung des Menschen, wo dieser zur Klarheit und Deutlichkeit seiner Vorstellungen sich zu erheben und mit Bewußtsein zu denken erlernt. Gleichwie hier der Mensch Inhalt und Umfang, Voraussetzung und Consequenz seiner Ideen erkennen lernt und die Beziehung erschaut, welche zwischen ihm selbst und seiner Vorstellung obwaltet, so gewinnt dort das Volk für seine herrschenden Ideen, seine Satzungen und Institutionen einen über der Subjectivität seiner Anschauung stehenden Maaßstab und erlernt, die ihm angeborenen oder angebildeten Grundsätze und Einrichtungen als etwas von seiner Individualität Trennbares zu denken, wie nach Inhalt und Umfang, Grund und Folge zu erwägen und abzuschätzen; es beginnt, sich selbst als Herren dieser seiner Vorstellungen zu erkennen, diese Vorstellungen in ihrem Verhältnisse zu den anderen ihm dargebotenen neuen Ideen aufzufassen und zu vergleichen, und so seine eigene leitende Grundanschauung, sowie die Consequenzen derselben zu erkennen und seinem Urtheile zu unterwerfen Indem so die Philosophie befähigt, die gegebenen Institutionen und Satzungen nach einem objectiven Maaßstabe zu beurtheilen, setzt sie zugleich in den Stand, den inneren Zusammenhang zwischen den einzelnen jener Einrichtungen und Dogmen zu erkennen, deren letzten Grund aufzufinden, wie endlich auch ein unbefangeneres Urtheil über deren Werth oder Unwerth abzugeben, dieselben zu verwerfen und somit neuen Lehren Raum zu geben.

So können wir eine doppelte Richtung annehmen, in welcher die Philosophie ihre Bestimmung erfüllt und ihren Einfluß auf das Leben der Völker geltend macht: einmal ist es ihre Aufgabe, durch Mittheilung neuer zeitgemäßer Lehren neue Ideen in's Dasein zu rufen und auf diesem Wege den geistigen Fortschritt der Nation zu vermitteln und zu beschleunigen; und sodann besteht ihre Aufgabe darin, daß sie die leitende Idee und den Grundgedanken, welcher den einzelnen gegebenen Satzungen und Institutionen des Volkes inwohnt und durch dieselben in einzelnen Beziehungen sich offenbart, der Nation zur selbstbewußten geistigen Anschauung, zur vollen Erkenntniß, zur fruchtbringenden Reflexion emporhebe. Dort führt die Philosophie der Nation einen neuen Ideenstoff zu und vermehrt die Zahl

der Vorstellungen, welche dem geistigen Auge sich darbieten; hier wirkt die Philosophie ordnend und so zugleich erweiternd, indem sie den ungeordneten und rohen Erfahrungsstoff denkend verarbeitet, den letzten Grund der gegebenen Dinge aufsucht, das gemeinsame Princip der zerstreuten einzelnen Erscheinungen erkennt und in Einer Spitze vereinigt, und so der gesammten Nation die jenen Erscheinungen zu Grunde liegende leitende Idee zum klaren Bewußtsein ihrer selbst, sowie der aus ihr sich ergebenden weiteren Consequenzen vorführt.

Nach beiden Richtungen hin wirkt aber die Philosophie auf das gesammte Geistesleben der Nation. Die Gestaltung des Cultus und der Religion, der Wissenschaft und Kunst, der Industrie und Cultur, der Sitte, wie des Rechtes sind aber insgesammt Kundgebungen und Ausflüsse des Volksgeistes, Producte seiner Denkkraft. Nichts wirkt daher entschiedener auf die Gestaltung dieser Vehikel des national-geistigen Lebens, als die Philosophie, jener Inbegriff der höchsten Cultur des Geistes.

Diesen Einfluß der Philosophie im Allgemeinen auf römisches Leben und römische Wissenschaft im großen Ganzen nachzuweisen, liegt nicht in den Gränzen unserer Aufgabe; wir vermögen höchstens darauf hinzuweisen, daß nicht allein das Erwachen eines wissenschaftlichen Geistes, sondern auch eine Erweiterung und freiere Gestaltung des Gesichtskreises der gesammten Nation an das Eindringen der Philosophie auf röm. Boden sich knüpfte. Unsere Aufgabe kann vielmehr höchstens bis dahin sich erstrecken, den Einfluß der gegenwärtig behandelten Lehre der Philosophie innerhalb jenes großen Gebietes darzulegen, und so die Wichtigkeit jener Lehre für die Beurtheilung römischer Zustände in das richtige Licht zu stellen. Bevor wir jedoch hierzu verschreiten, ist es Pflicht, die Möglichkeit des von uns behaupteten weit- und tiefgreifenden Einflusses der Philosophie auf römisches Leben anzudeuten.

Zwei Umstände vornämlich sind es, welche jenen Einfluß vorbereiten und befördern:

Lebhafter Handelsverkehr und weitausgedehnte Eroberungen hatten vornämlich seit den punischen Kriegen vielfältige Berührungen der Römer mit fremden und entlegenen Nationen, und namentlich mit Völkern, welche die höchste geistige Bildung der

damaligen Welt repräsentirten, herbeigeführt und vermittelt. Diese Vorgänge hatten die Isolirung, zu welcher Rom von seiner Geburt an durch seine staats- und völkerrechtlichen Grundsätze sich verdammt hatte, in der Hauptsache beseitigt, die daraus hervorgegangene Mißachtung fremdländischer Cultur und Disciplin wesentlich gemindert und so eine der Hauptursachen der unbeugsamen Strenge und dürftigen Einfachheit der Sitten, des Mangels an höherer Bildung des Geistes und Geschmackes, der Einseitigkeit und Beschränktheit des Urtheiles beseitigt. Verfeinerung der Sitten und höhere Bildung des Geschmackes erblühten zugleich mit dem überhand nehmenden Luxus und beschleunigten so die Entwickelung geistiger Anlagen, regten neue Kräfte an, erweckten Vielseitigkeit der Bildung.

Sodann führte aber auch der Verfall der Freiheit der Republik die edelsten Geister der Nation den wissenschaftlichen Studien zu: unbefriedigt von den Zuständen des Staates mochte der Glanz der Magistratur und der senatorischen Würde nur eine geringere Anziehungskraft noch ausüben und den strebsamen Geist nicht mehr in der Maaße in Anspruch nehmen, daß nicht der Wissenschaft ein Raum in dem Kreise der Thätigkeit und Bestrebungen offen geblieben wäre. So erblühte aus dem Verfalle der Freiheit die vollendete Dichtkunst eines Horaz, Virgil, Ovid, nicht minder die Philosophie Roms, und jene Rechtswissenschaft, welche in unübertroffener Meisterschaft ein vollendetes Original der modernen Jurisprudenz darbietet; so erhob sich ferner durch Sallust, Tacitus und Livius die Geschichtsschreibung von der chronikmäßigen Behandlung der Annalisten zur künstlerischen Wissenschaft empor; so wendete sich endlich die Feder Cicero's der Philosophie, jenem Mittel seiner jugendlichen Bildung, als dem Zwecke seines Alters zu:

Utinam res publica stetisset, quo coeperat statu, nec in homines non tam commutandarum, quam evertendarum rerum cupidos incidisset! Primum enim, ut, stante re publica facere solebamus, in agendo plus, quam in scribendo, operae poneremus; deinde ipsis scriptis non ea, quae nunc, sed actiones nostras mandaremus, ut saepe fecimus. Cum autem res publica, in qua omnis mea cura, cogitatio, opera poni solebat, nulla esset omnino: illae scilicet literae conticuerunt forenses

et senatoriae. Nihil agere autem cum animus non posset; in his studiis ab initio versatus aetatis, existimavi, honestissime molestias posse deponi, si me ad philosophiam retulissem; de Off. II, 1 Vergl. §. 35.

Die Vollendung und Blüthe römischer Wissenschaft und Kunst steht aber selbst wieder in innigster Wechselbeziehung zur Aufnahme und Pflege der Philosophie: indem die Ersteren die Geister für den Einfluß der Letzteren vorbereiten und empfänglich machen, giebt diese selbst die empfangene Wohlthat zurück, indem sie Wissenschaft und Kunst veredelt und verfeinert. Vergegenwärtigen wir uns schließlich noch den mächtigen Einfluß, den namentlich Cicero durch seine Werke an sich, sowie durch die darin enthaltenen vielfältigen Anempfehlungen des Studiums der Philosophie auf seine Zeitgenossen und Enkel ausübte, so werden wir die Wahrheit der Thatsache erkennen, daß die Philosophie zu Rom einen empfänglichen Boden vorfand, ja daß sie hier weniger, denn bei einem anderen Volke, eine fachwissenschaftliche Behandlung erfuhr, vielmehr zum Gemeingute aller Männer von höherer Bildung wurde[323]), und daß endlich diese von der Gelehrsamkeit getragenen und verbreiteten philosophischen Ideen durch ihr intensives Gewicht allmählig bis in die niedrigeren Schichten der Bevölkerung herabsanken.

§. 45.

Einfluß der Lehre vom jus naturale auf das geistige Leben Roms.

Der Lehre vom jus naturale namentlich müssen wir den ausgedehntesten und tiefgreifendsten Einfluß auf die gesammte Ideenwelt des römischen Volkes überweisen, ein Einfluß, den wir

323) Dies bezeugt für seine Zeit schon Cic. de Orat. III, 6.; s. auch pr. Arch. 3, 5. Tusc. II, 2, 6. 3, 8., wozu vergl. Ibid. IV, 1.—4. u. a. m. Als Prototyp kann Varro gelten: wegen seiner Kenntniß der stoischen Philosophie s. namentlich de R. R. II, 1, 3., und L. L. IX §. 30. M. vergl. mit Diogen. Laert. VII, 110., vergl. auch darüber, sowie wegen seines Studiums der Academie Otfr. Müller, Praef. ad L. l.. p. V—VI.; wegen seiner Kenntniß des Aristoteles s. Stahr, Arist. unt. d. Römern p. 59 sq.; wegen der pythagoräischen Philosophie s. namentl. de L. L. V §. 11 sq. VII, 17. de R. R. II, 1, 3. Serv. in Virg. Ecl. VIII, 75. Im Allgemeinen vergl. Cic. Acad. I. 3.

mit kurzen Worten dahin characterisiren können, daß jene Lehre zuerst das römische Volk zu einer kosmopolitischen Anschauungsweise emporhob und so diejenigen Vorstellungen, deren Keime bereits weitgreifende Eroberung und ausgedehnter Handelsverkehr in die Ideenwelt der Römer verpflanzt hatte, zur bewußten Erkenntniß führte und zu voller Ausdehnung und Tragweite ausbildete. Gleich allen Nationen des Alterthumes geht Rom in seiner staatlichen Entwickelung aus von dem Principe nationaler Exclusivität in allen religiösen, wie politischen und bürgerlichen Beziehungen. Auf jenes Princip stützt sich der antike Begriff vom Staate, wie wir solchen namentlich von Aristoteles, Polybius und Cicero ausgesprochen, vom antiken Leben getragen sehen. Hiernach erscheint der Staat als societas der Bürger zum Zwecke der Gemeinsamkeit des Rechtes, wie alles Nutzenbringenden, daher einerseits diese Gemeinschaft einer rechtlichen und förderlichen Ordnung der Verhältnisse das Band ist, welches die Vielheit der Bürger zur Einheit des Gemeinwesens verbindet, andrerseits aber auch die Mitgliedschaft an jener societas den Rechtsgrund der Theilnahme an deren Zwecken: an der Gemeinschaft von jus und utilitas bildet.

Ueber diese Gränze hinaus war den Römern die Vorstellung einer Gemeinschaft zwischen den Menschen, oder zwischen den Freien völlig fremd [324]). Zur Idee einer durch Gemeinsamkeit des Wesens und der Bestimmung, der geistigen, wie materiellen Interessen bedingten Verwandtschaft der Menschen vermochten die Römer sich nicht emporzuschwingen, weil jene national-exclusive Auffassung alle und jede Verhältnisse des Lebens erfaßte und durchdrang.

Erst durch jenen ausgedehnteren Verkehr Rom's mit fremden Nationen, welchen Eroberung und Handelsbeziehungen herbeiführten, ward, wie bemerkt, einer diesen national-exclusiven Tendenzen fremden Anschauung Bahn gebrochen, und als Resultat derselben trat neben anderen Erscheinungen das privatrechtliche jus gentium in's Leben. Allein wie bedeutungsvoll immerhin in dieser Erscheinung die Abschwächung jenes uralten

324) Die einzige Ausnahme, die nicht in Betracht kommt, bildet der Staatsvertrag.

römischen Staats- und Volksprincipes sich kund giebt, so läßt sich dennoch hierin in keiner Weise ein tendenzmäßiges Aufgeben jenes Principes erblicken: jene Abweichungen werden als exceptionelle Concessionen den Anforderungen des practischen Bedürfnisses zugestanden, ohne daß die Concession selbst als That einer wohlerwägenden Reflexion erschiene, ja ohne daß überhaupt der Umstand zur klaren und bewußten Anschauung gelangt wäre, wie man in jener Concession bereits zu einem vollständig neuem staatlichen Principe übergehe. Denn indem die Römer ein privatrechtliches jus gentium aufstellten, erkannten dieselben darin in der That eine Rechtsnorm an, welche nicht bloß die socii civitatis, sondern die gesammte freie Menschheit beherrscht, und hiermit stellen sie zugleich über jene societas civium eine societas aller freien Menschen, welche jenes privatrechtliche jus gentium trägt und deren Mitgliedschaft den Rechtsgrund der Herrschaft dieses Rechtes, wie der Rechtsfähigkeit des Individuum bildet.

Diese Annahme einer societas hominum enthält aber in Wahrheit den Grundgedanken und das Princip, welches vom antiken Standpunkte aus in der Erscheinung des jus gentium verhüllt lag, und welches allein die theoretische Rechtfertigung dieser Abweichung der Herrschaft des Gesetzes über das Rechtssubject von ihren ursprünglichen und fundamentalen Grundsätzen bieten konnte. Allein jene doctrinelle Abstraction blieb bis Cicero den Augen der Römer verborgen, weil in Ermangelung philosophischen Wissens die Erkenntniß des letzten Grundes der Dinge dem Ideenkreise der Römer fremd blieb und ihre Speculation zur Erörterung derartiger abstracter Fragen sich nicht zu erheben vermochte.

Gerade jener Grundgedanke aber, jene letzte und höchste Rechtfertigung des jus gentium, jene Doctrin, welche in schroffem Gegensatze feindselig dem alten staatlichen Principe Rom's gegenübertritt und die hierauf gestützte Construction der gesammten religiösen, politischen und bürgerlichen Verhältnisse in ihren Grundvesten erschüttert; jenes neue Dogma, sagen wir, war von dem freien Gesichtspunkte der griechischen Philosophie erkannt und ausgesprochen, von Cicero aber in einer für den antiken Standpunkt erhabenen Weise begründet und seinen Mitbürgern zur bewußten Anschauung vergegenwärtigt worden. Indem nun von dem Letzteren, wie bereits von den Stoikern jenes

Dogma in die innigste Beziehung zur Theorie vom jus naturale gesetzt ward, so wirkte nun in dieser Verbindung das jus naturale, ebensowohl das Dogma von der societas hominum unterstützend, wie selbst von diesem gestützt, in der obbezeichneten kosmopolitischen Richtung.

Dies ist die wichtigste Bedeutung, welche, namentlich in jener Verbindung mit dem Dogma von der societas hominum, die Lehre vom jus naturale für das gesammte Alterthum hatte; ein bedeutungsvoller Moment aber auch in der Geschichte des gesammten Menschengeistes und seiner Cultur: der Wendepunkt, wo eine neue Phase in dem Gange der Entwickelung der Menschheit anhebt und der Geist der Neuzeit, unterstützt und gefördert durch die kosmopolitischen Lehren des Christenthumes, seine Schwingen zu entfalten beginnt.

Die volle hervorgehobene Bedeutung der Lehre vom jus naturale wird sich aber ergeben aus der Darlegung jenes Dogma selbst von der societas hominum.

§. 46.

Fortsetzung.

(Lehre von der societas hominum).

Gleich Rom, so gehen auch die griechischen Politieen in ihrer staatlichen Entwickelung von dem Principe nationaler Exclusivität aus, welches, zu Homer's Zeiten durchgängig herrschend, noch in der Verfassung des Lykurg seine consequente Durchführung findet. Früher als anderwärts erscheint zu Athen jenes Princip gemildert durch die hohe Bildung seiner Bürger, die Verfeinerung des Geschmackes, die Gefälligkeit der Sitten, die Geselligkeit des Lebens. Auf diesem Boden war es, wo zuerst wohl Socrates den Satz aussprach:

κοινὴ πατρὶς ἀνθρώπων ἁπάντων ὁ κόσμος ἐστίν [325]),
ein Ausspruch, welcher die ersten Keime der Idee eines Weltbürgerthumes der Menschen in sich trug.

Von Socrates ging jener Gedanke auf die Cyniker über [326]) und verpflanzte sich auf Aristoteles, der den Menschen als einen Theil der gesammten Menschheit, diese selbst aber als ein staatsähnliches Gemeinwesen auffaßte, zu dessen Theilnahme der Mensch

325) Musonius, lib. Exilium non esse malum bei Stob. Serm. 40, 7. Gaisf.

326) Vergl. §. 21.

berufen und innerhalb dessen dem Einzelnen ein Wohlwollen gegen seine Mitmenschen zur Pflicht gemacht sei [327]).

Neben den Peripathetikern ergreifen zugleich die Stoiker jene Lehre mit der ihnen eigenen Empfänglichkeit für alles Edele und Erhabene, und sie sind es, welche zuerst jene Idee in einer ausgedehnteren Maaße in ihren practischen Consequenzen weiter verfolgen: Zeno bereits lehrt, daß nicht nach Staaten und Stämmen die Menschheit sich abschließe, geschieden durch das eigene Landrecht der Eine von dem Anderen, sondern daß die gesammte Menschheit unsere Stammgenossen und Mitbürger enthalte, und Eine Lebensregel, Ein Verein uns Alle umschließe, gleich der Heerde, welche nach gleichem Gesetze die gemeinsame Weide benutze. Diese Idee einer weltbürgerlichen Staats- und Rechtsgemeinschaft, welche nach dem gegebenen Bilde Alexander der Große zu verwirklichen unternahm [328]), ward weiter ausgebildet von Chrysippus [329]), Antipater [330]) und anderen Stoikern [331]), und von diesen an Cicero überliefert, der sie im Geiste jener weiter ausbildete.

Ausgehend von der herrschenden Vorstellung vom Staate und dieselbe verknüpfend mit der von den Stoikern entlehnten Lehre von der societas hominum, stützt derselbe hierauf ein System von den societates, in welchem verschiedene, einander umschließende Kreise den Menschen mit dem Menschen um den Mittelpunkt eines gemeinsamen Interesses vereinen. Wir sind geboren, sagt Cicero, zu gemeinschaftlichem Zusammenleben mit allen Menschen, und zur Gemeinschaft der Verhältnisse des Lebens und der rechtlichen Beziehungen [332]). Dieser Bestimmung entsprechend werden

---

327) Ethic. Nic. I, 7, 6. VIII, 1. Stob. Ecl. II, p. 252—254. Heer. Cic. Academ. I, 5, 21. Vergl. §. 54. Note 432.

328) Plut. de Alex. fort. I, 6.

329) Cic. de Fin. III, 20, 67. — 21, 69. Marcian. lib. 1. Inst. in §. 54.

330) Cic. de Off. III, 12, 52.

331) Cic. de N. D. II, 31. de Fin. III, 19. 20. IV, 3. de Off. I, 7, 22. Vergl. auch de Rep. III, 12., wo die Worte: justitia autem praecipit, parcere omnibus, consulere generi hominum, suum cuique reddere, sacra, publica, aliena non tangere, den Stoikern entlehnt oder nachgebildet sind.

332) de Fin. III, 20, 65. IV, 2, 4. de Leg. I, 10, 28. 12, 33.

in vierfacher Potenzirung die Menschen zu vier Graden des geselligen Gemeinwesens vereinigt, innerhalb deren die justitia herrschen soll [333]), zur societas hominum, nationis, civitatis, propinquorum:

Gradus plures sunt societatis hominum: ut enim ab illa discedatur, infinita; propior est ejusdem gentis, nationis, linguae, qua maxime homines conjunguntur; interius est etiam, ejusdem esse civitatis; — — arctior vero colligatio est societatis propinquorum; de Off. I, 17. Vergl. de Amic. 5, 19 [334]).

Das engste dieser Gemeinwesen ist die societas propinquorum, welche durch die benevolentia und caritas begründet, die monumenta majorum, die sacra und die sepulcra zum Gegenstande hat [335]).

Den weiteren Kreis bildet die societas civium, die gravissima et carissima, deren Gegenstände forum, fana, porticus, viae, eges, jura, judicia, suffragia, consuetudines, familiaritates und multis cum multis res rationesque contractae, wie endlich auch imperia und potestates sind. Das vinculum dieser societas ist der consensus [336]).

Ueber ihr steht die societas gentis oder nationis, deren Band die gemeinsame Sprache ist, über deren Gegenstand aber Cicero sich nicht weiter erklärt [337]).

---

333) de Fin. V, 23, 65. de Off. I, 5, 14. c. 7.

334) Etwas abweichend ist de Fin. V, 23, 65.: Nihil est, — — quod latius pateat, quam conjunctio inter homines hominum et quasi quaedam societas et communicatio utilitatum, et ipsa caritas generis humani: quae nata a primo statu, quo a procreatoribus nati diliguntur et tota domus conjugio et stirpe conjungitur, serpit sensim foras, cognationibus primum, tum affinitatibus; deinde amicitiis, post vicinitatibus; tum civibus, et iis, qui publice socii atque amici sunt; deinde totius complexu gentis humanae. Neben den im Texte gedachten vier societates nennt Cicero de Off. I, 17, 55. 56. noch die durch amicitia und beneficentia begründeten.

335) de Off. I, 17, 54. 55.

336) de Off. I, 16, 53. 17, 57. 58. de Leg. I, 7, 23. Vergl. §. 86.

337) de Off. I, 17, 53. Wegen gens und natio vergl. Beilage II. §. 2. Note 1.



Endlich die weiteste Sphäre des socialen Lebens umfaßt die societas hominum, welche unter allen am Vollkommensten der natura entspricht. Das vermittelnde Band bildet hier die den Menschen mit Gott gemeinsame ratio und die oratio, und ihren Gegenstand bilden alle Dinge, welche zu gemeinsamen Gebrauche die Natur bestimmte, nämlich Alles, was ohne Nachtheil dem Anderen sich mittheilen läßt: das fließende Wasser und das Feuer, wie der gute Rath, und Alles dies ist zu gemeinsamer utilitas vom Einzelnen beizusteuern [338]). Den wichtigsten der Zwecke dieser societas bildet jedoch die Gemeinschaft von Recht.

Gleich wie daher die civitas als societas civilis erscheint, deren socii, die cives, durch das Band des jus civile vereinigt sind, so stellt sich auch die gesammte Menschheit als societas juris [339]) dar, und zwar als societas naturalis [340]), deren socii, die homines, ebenfalls durch das Band gemeinsamen Rechtes vereinigt und zu Beobachtung der hierdurch gebotenen Pflichten gehalten sind [341]), Pflichten, welche bis zu dem Umfange der allgemeinen christlichen Menschenliebe in der erhabensten Weise ausgedehnt worden sind [342]). Und gleichwie die bürgerliche societas das Territorium des Staates inne hat, als den Raum, dessen sie zu ihrer Existenz bedarf, so ist jener von Gott selbst begründeten societas die gesammte Welt als ihr mit Gott gemeinsames Territorium überwiesen worden [343]), als dessen Herrscher Gott selbst gilt, während der Mensch der Untergebene ist, und als Glied dieses Gottesreiches die Verpflichtung hat, in der Be-

338) de Off. I, 4, 12, c. 5. 16, 50—52. de Fin. II, 14, 45. III, 19, 63 — 21, 69. de Leg. I, 9, 27. 13, 35.

339) de Leg. I, 13, 35.

340) de Leg. I, 5, 16. 7, 23. de Off. I, 16.

341) de Off. III, 6, 28. vergl. I, 18, 60. c. 44.

342) de Off. III, 5, 25.: Magis est secundum naturam, pro omnibus gentibus, si fieri possit, conservandis aut juvandis maximos labores molestiasque suscipere, imitantem Herculem illum, quem hominum fama, beneficiorum memor, in concilio coelestium collocavit, quam vivere in solitudine. Vergl. de Fin. III, 20, 68.

343) de Leg. I, 23.: Universus hic mundus una civitas communis Deorum atque hominum existimanda est. de N. D. II, 62. de Rep. I, 13. de Fin. 19, 64.

förderung des Gemeinwohles den letzten Zweck seines Handelns zu erblicken [344]). So erscheint die gesammte Menschheit als eine civitas, welche, wie die civitas civium, nicht allein durch gemeinsames Recht, sondern auch durch die Unterordnung unter die nämliche Staatsgewalt verbunden ist, unter die Herrschaft des praepotens Deus [345]).

Das Recht nun, welches diese societas hominum verbindet, ist das jus naturale, daher dasselbe auch als jus humanae societatis bezeichnet wird [346]). Dieses ist das durch göttliche Anordnung selbst jener societas verliehene Gesetz und diese Bestimmung läßt es als Fundamentalrecht der Letzteren erscheinen. Allein neben diesem natürlichen Rechte existirt auch ein positives Recht als Gesetz für die gesammte Menschheit: das jus gentium. Dieser Gedanke liegt angedeutet in de Off. III, 17, 69.:

> Societas est enim, — latissime quidem quae pateat hominum inter homines; interior eorum, qui ejusdem gentis; propior ejusdem civitatis. Itaque majores aliud jus gentium, aliud jus civile esse voluerunt. Quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet,

indem in dieser Stelle das jus gentium in gleicher Weise der societas hominum, wie das jus civile der societas civium zu correspondiren scheint. (Vergl. Beilage II. §. 2.).

Dies ist die Lehre von der societas humana, welche, im innigsten Wechselzusammenhange stehend mit der Doctrin vom jus naturale [347]), aus der griechischen Philosophie von Cicero seinen Mitbürgern übermittelt wurde [348]) und hier, auf römischem Boden, in Bekämpfung jenes angestammten Principes der nationalen

344) de Fin. III, 19, 64. de Off. I, 7, 22.

345) de Leg. I, 7, 23. de N. D. II, 31, 78.

346) de Leg. I, 7, 23. 10, 28. 15, 42. de Off. I, 7, 21. Vergl. de Fin. V, 23.

347) In keiner inneren Verbindung dagegen steht mit der Lehre von der societas hominum oder vom jus naturale die dem Chrysippus entlehnte Lehre von der mehrfachen Persönlichkeit des Menschen, worüber vergl. Cic. de Off. I, 30, 107. c. 32. de Orat. II, 24, 102.

348) Vergl z. B. Tacit. Agric. 2.: conscientia generis humani; Flor. III, 6, 1.: foedus generis humani; Quintil. Declam. 13.: procul omnis juris humani societate summoti. Vergl. auch §. 86.

Exclusivität und in Beförderung einer kosmopolitischen Anschauungsweise den römischen Staat in allen seinen Institutionen und Satzungen empfindlich afficiren und die Geistesrichtung des römischen Volkes wesentlich und um so eingreifender umgestalten mußte, als, wie bemerkt, die Römer in Folge des ausgedehnten auswärtigen Verkehres und der Unterwerfung fremder Völkerschaften, sowie namentlich in Folge ihrer Bekanntschaft mit einem privat-, wie völkerrechtlichen jus gentium für die Einflüsse jener Lehre vorbereitet und empfänglich geworden waren. So aber ward die Lehre von der societas hominum von dem entscheidendsten Einflusse auf den geistigen Fortschritt jener Nation.

In dieser Lehre hat zugleich die antike Philosophie ihre Aufgabe in einer in der That erhabenen und bewundernswerthen Weise gelöst: sie erscheint hierin, wie in so vielen Stücken, als die unmittelbare Vorläuferin des Christenthumes, dessen Lehre von der Weltfamilie[349]) vorbereitend: denn von der Idee, daß alle Menschen Mitbürger, erscheint es als ein nur kleiner Schritt zu jenem Dogma, daß alle Menschen Brüder sind.

Parallel mit jener Lehre von der societas hominum läuft endlich die von den Anhängern des Pythagoräischen Dogma der Rechtsgemeinschaft zwischen Menschen und Thieren vertretene Lehre von der societas animalium cum hominibus[350]), welche jedoch jener höheren geschichtlichen Bedeutung entbehrt.

§. 47.

Fortsetzung.

(Die Lehre vom jus naturale in der röm. Wissenschaft im Allgemeinen.)

Wir haben darauf hingewiesen, daß Cicero sowohl in seinen Werken, als durch diese in den Werken der griechischen Philosophen die Lehre vom jus naturale in die Wissenschaft und das

349) Selbstständige Spuren dieser Lehre finden wir auch in der Anschauungsweise der früheren Kaiserzeit, so bei Florentinus lib. 1. instit. (l. 3 D. de J. et J. 1, 1.): quum inter nos cognitionem quandam natura constituerit. So auch bei Senec. Epist. XCV: natura nos cognatos edidit; ingleichen Marc. Ant. Comment. X, 6.

350) So z. B. bei Plin. H. N. VIII, 42.

Leben Rom's eingeführt, und späterhin die römischen Philosophie selbst die Herrschaft dieser Lehre zu befestigen beigetragen habe. Wenn wir daher in der röm. Wissenschaft im Allgemeinen, wie in der röm. Jurisprudenz insbesondere die Einwirkung jener philosophischen Doctrin annehmen und deren Spuren nachweisen, so kann doch selbstverständlich diese unsere Annahme nicht den Sinn haben, als ob wir damit behaupteten, daß jeder röm. Dichter oder Geschichtsschreiber oder Jurist, der in seinen Werken des jus naturale gedenkt, diesen seinen Begriff unmittelbar und vorsätzlich in den Schriften der Philosophen aufgesucht und aus diesen entlehnt habe; vielmehr dürften vielleicht nur einzelne Gelehrte Rom's jenes jus naturale der Philosophie als deren Eigenthum überwiesen oder vielleicht auch nur seines Ausflusses aus dieser Quelle sich mit Klarheit bewußt geworden sein. Allein gleich dem Steine, der in das Wasserbecken geworfen, in cirkelförmiger Welle eine Bewegung erzeugt, welche in immer weiter umfassender Schwingung allmählig über die ganze Fläche sich ausdehnt, so mußte, nachdem zu Cicero's Zeit das Dogma vom jus naturale als eine ganz neue Vorstellung in die Ideenwelt einzelner Gelehrten versetzt war, von hier aus diese Lehre in immer weiteren Kreisen der Nation sich verbreiten, selbst wenn das Bewußtsein vom fremden Ursprunge dieser Lehre allmählig sich verloren haben sollte. So wurde jenes Dogma vom jus naturale zunächst den denkenden Köpfen der Nation vermittelt und mochte von hier aus selbst der großen Menge auf unsichtbarem Wege mitgetheilt und durch die Tausende von Kanälen zugeführt werden, durch welche in rastloser Bewegung der flüchtige Gedanke in der menschlichen Gesellschaft circulirt. Indem wir daher einestheils die Annahme verleugnen, als ob die Gelehrten Rom's durchgängig jene Doctrin unmittelbar aus der Philosophie entlehnt hätten, so müssen wir doch andrerseits ebenso der flachen Bemerkung entgegentreten, daß die röm. Wissenschaft ebenso gut auf jenen Gedanken habe kommen können, wie die griech. Philosophie. Denn wo erweislich eine Vorstellung von ernster und erhabener Bedeutung durch einen Mann von großem Namen und hohem litterärischen Ansehen aus einer fremden Vorstellungsmasse in die davon fast noch unberührte Ideenwelt einer Nation übertragen wird, hier aber in Dichtkunst und Wissen-

schaft, Philosophie und Jurisprudenz wiederkehrt, ja eine tiefgreifende Reform in alt überlieferten Lehren hervorbringt, — da noch den derivativen Character jener Vorstellung bestreiten zu wollen, würde als Beginnen gelten, dessen Resultat keinen Anspruch auf Widerlegung haben kann.

In diesem Sinne daher finden wir in der röm. Litteratur im Allgemeinen jene philosophischen Lehren vom Naturrecht vertreten. Die Leugner eines solchen repräsentirt Horaz, Sat. I, 3, 110 sq.; während der Begriff eines allen Menschen gemeinen jus naturale sich findet bei Gell. N. A. VII, 3., wie bei Sallust. Cat. 1. (jus bonumque apud eos non legibus magis, quam natura valebat, in Verbindung mit: nostra omnis vis in animo et corpore sita est: animi imperio, comporis servitio magis utimur; alterum nobis cum Diis, alterum cum belluis commune est); ferner bei Sulpit. Victor J. O. p. 286. Capp. und Artemidorus, Oneirocrit. IV, 32. tom. I. p. 314. Reiff.; vornämlich aber bei Quintilian., der in J. O. VII, 4, 5. 6. das gesammte Recht in die natura und constitutio, d. i. das φύσει und das νομικὸν δίκαιον zerlegt und das Wesen der Ersteren durch die stoische und peripathetische Begriffsbestimmung characterisirt:

> Justum omne continetur natura vel constitutione: natura, quod secundum cujusque rei dignitatem; hic sunt pietas, fides, continentia et talia. Adjiciunt et id, quod sit par; verum id non temere intuendum est, nam et vis contra vim et talio nihil habent adversus eum, qui prior fecit, injusti; et non, quoniam res pares sunt, etiam id est justum, quod antecessit. Illa utrinque justa, eadem lex, eadem conditio; ac forsitan ne sint quidem paria, quae ulla parte sunt dissimilia. Constitutio est in lege, more, judicato, pacto [351]).

Dem entsprechend scheidet daher Quint. J. O. XII, 2, 3. die leges, quae natura sunt omnibus datae, auf denen das justum natura [352]) und die leges, quae propriae sunt populis et gentibus constitutae, auf denen das justum constitutione beruht.

---

351) In den Worten: adjiciunt et id, quod sit par giebt Quintilian den peripathetischen Begriff: das ἴσον des Aristoteles, vergl. §. 24.; in den Worten: natura [justum est], quod secundum cujusque rei dignitatem [est] den stoischen Begriff: das ἀπονεμητικὸν τῆς ἀξίας ἑκάστῳ; vergl. §. 28.

352) So auch J. O. XII, 1, 41.

Dagegen die pythagoräische Ansicht bezüglich eines den Menschen und Thieren gemeinsamen Naturrechtes findet sich vertreten von Virgil, Georg. IV, 219 sq. Ovid, Metam. XV, 127. 165 sq. und zu detaillirter Anwendung verarbeitet von Plinius in der Hist. Nat. Denn nicht allein, daß dieser VIII, 5, 5. den Elephanten divinationem quandam justitiae, und X, 36, 52. den Tauben quidam gloriae intellectus, nicht minder VIII, 42, 64. den Pferden cognationum intellectus beilegt, und ebendaselbst die Erzählung mittheilt, daß ein Pferd um des mit seiner Mutter vollzogenen Coitus willen sich freiwillig den Tod gegeben habe, so berichtet derselbe auch mehrfach, ob und welche Thiere das adulterium kennen und bestrafen[353]). So sagt Plin. Hist. Nat. VIII, 16, 17. von den Löwen:

> Odore pardi coitum sentit in adultera leo totaque vi consurgit in poenam; idcirco ea culpa flumine abluitur aut longius comitatur;

sowie X, 34, 52. von den Tauben:

> Pudicitia illis prima et neutri nota adulteria. Conjugi fidem non violant communemque servant domum. Nisi coelebs aut vidua, nidum non relinquit etc.

endlich VIII, 5, 5. von den Elephanten: adulteria non novere.

Die Annahme solcher Vergehen der Thiere, welche auf die lex naturae zurückzuführen sind, läßt vielleicht auch die mehrfach erwähnten injuriae der Thiere[354]) in einer gewissen rechtlichen Beziehung erscheinen, weist aber jedenfalls darauf hin, daß Plinius Vorschriften der lex naturae statuirte, welche für Menschen, wie Thiere gleiche Normen festsetzten, und die societas animalium cum hominibus mitbegründeten[355]).

---

353) Adulterium kommt zwar bei Plinius auch in der sehr ausgedehnten Bedeutung einer Vermischung von specifisch-fremdartigen, selbst leblosen Dingen vor, so z. B. IX, 65. Allein, wenn auch nicht hier, so gewinnt doch in Beziehung auf die Thiere das adulterium eine rechtliche Bedeutung, weil diesfalls von einer Strafbarkeit und Bestrafung desselben die Rede ist.

354) So z. B. XXII, 7, 8.

355) Vergl. §. 46. in fin.

Von Plinius ging jene Anschauung sodann auf andere Naturhistoriker über, so auf Solinus [356]), Aelian [357]) u. A.

§. 48.

Die Lehre vom jus naturale in der römischen Philosophie.

Wie die Philosophie dieses Zeitraumes im Allgemeinen sich begnügte, den von der Vergangenheit überlieferten Stoff zu verarbeiten, so haben auch insbesondere die Römer selbstständige Schöpfungen auf diesem Gebiete hervorzubringen nicht vermocht. Dieser Mangel an Originalität des Geistes, der diese Periode in Bezug auf die philosophische Speculation characterisirt, ließ daher kaum über eklektische Systeme hinausgelangen, gebot vielmehr in der Regel ein Anschließen an die überlieferten Systeme der griechischen Philosophie [358]). Dabei hat jedoch die Letztere auch in dieser Periode eines ausgedehnten Beifalles sich erfreut und die Geschichte überliefert immerhin zahlreiche Namen von Freunden und Verehrern der Philosophie, wie von Männern, welche den Lehren derselben ihre Feder widmeten [359]). So werden uns als Verehrer der pythagoräischen Philosophie genannt: P. Nigidius Figulus, Moderatus, Nicomachus, Q. Sextus u. A.; als Platoniker: Favorinus, Appulejus, Atticus, Maximus u. A.; als Verehrer der peripathetischen Philosophie: Marcus Antonius, Q. Lutatius Catulus u. A.; als Epicuräer: Lucretius, Pomponius Atticus u. A.; als Stoiker: Seneca, Epictet, Arrian, Antonin, Dio Chrysostomus u. A.; daneben auch einige Cyniker und jüdische Philosophen, unter denen z. B. Philo, während als Skeptiker Agrippa und Sextus Empiricus glänzen. Allein die Lehre vom jus naturale war zu sorgsamer Pflege und Ausbildung den Juristen überlassen worden, während sie von den Philosophen, wenn auch nicht völlig vergessen, so doch, wie es scheint, auch mit keiner besonderen Sorgfalt cultivirt wurde. So finden wir

356) Vergl. 25, 6.

357) Vergl. III, 5.

358) Vergl. Tennemann, Gesch. der Phil. V, p. 9 sq. 44 sq. 104 sq.

459) Vergl. Tennemann l. c. V. p. 98 sq. 110 sq. 140 sq. Krug, Gesch. der alten Phil. §. 150. 151. 156—164. Bähr, Gesch. d. röm. Litterat. §. 329 ff. Stahr, Aristot. unt. d. Röm. p. 15 ff.

dieser Lehre zwar gedacht von Dio Chrysostomus [360]), von Epictet [361]), von Philo [362]), allein diese Spuren beweisen eben nur, daß auch hierin, wie allenthalben in der Philosophie Stillstand eingetreten war und die weitere Ausbildung des Ueberlieferten unterblieb. Eine nähere Berücksichtigung haben wir daher jenen Philosophen um so mehr zu versagen, als wir der Annahme Raum zu geben haben, daß die Juristen dieses Zeitalters weit mehr in den der vorigen Periode angehörigen philosophischen Productionen der Griechen und eines Cicero, als bei ihren eigenen Zeitgenossen die speculativen Fundamente ihrer Lehren suchten. Nur Seneca und Antonin können eine weitere Beachtung finden, weil einerseits bei ihnen die Lehre von der societas hominum und dem jus naturale mehr in den Vordergrund tritt, andrerseits aber auch sie der röm. Jurisprudenz äußerlich näher stehen, gerade ihnen daher am Ersten ein Einfluß auf die Ausbildung jener Lehren in der Rechtswissenschaft beigemessen werden darf.

Seneca (geb. 755 d. St., gest. 819) lehrt: Es ist ein Frevel, dem Vaterlande Nachtheil zu bringen: es ist ehrwürdig. Daher ist es auch Frevel, dem Mitbürger zu schaden: als Theil des ehrwürdigen Ganzen ist er unverletzlich. Gleiches gilt von dem Mitmenschen, denn er ist uns Mitbürger in einem größeren Staatswesen. Zur Theilnahme an diesem Staatswesen sind wir geboren und nur die Harmonie und Erhaltung der einzelnen

360) Dio Chrysost. Or. 80. II. p. 438. Reiske.

361) Arrian. p. 259. Schweigh.

362) Derselbe sagt περὶ τοῦ πάντα σπουδαῖον ἐλεύθερον εἶναι, p. 675.: Νόμος δὲ ἀψευδὴς, ὁ ὀρθὸς λόγος, οὐχ' ὑπὸ τοῦ δεῖνος ἢ τοῦ δεῖνος θνητοῦ φθαρτὸς ἐν χαρτιδίοις, ἢ στήλαις ἄψυχος ἀψύχοις, ἀλλ' ὑπ' ἀθανάτου φύσεως ἐν ἀθανάτῳ διανοίᾳ τυπωθεὶς (Vera autem lex, recta est ratio, non ab hoc aut illo mortali mortalis in chartula, aut lapide inanima inanimo notata, sed ab immortali natura in mente immortali impressa et insignita), und de Josepho p. 414. ἡ μὲν μεγαλόπολις ὅδε ὁ κόσμος ἐστὶ, καὶ μιᾷ χρῆται πολιτείᾳ καὶ νόμῳ ἑνί· λόγος δέ ἐστι φύσεως, προσταχτικὸς μὲν ὧν πραχτέον, ἀπαγορευτικὸς δὲ ὧν οὐ ποιητέον (Magna respublica est hic noster mundus, et una utitur civitate unaque lege; ratio enim est naturae, praecipiens quid faciendum, vetans quid omittendum sit), wo die letzten Worte aus Chrysipp περὶ νόμου (s. §. 27). entlehnt sind. Vergl. auch de Migrat. Abrah. p. 319. u. ö.

Theile sichert den Bestand des Ganzen; de Ira II, 31. So erscheinen wir als Glieder Eines großen Körpers, als Verwandte geboren, aus gleichem Elemente und zu gleichem Zwecke, durch gegenseitige Liebe, durch Geselligkeitstrieb, durch Rechtsgefühl vereinigt, Epist. XCV:

Membra sumus corporis magni! Natura nos cognatos edidit, cum ex iisdem et in eadem gigneret. Haec nobis amorem indidit mutuum et sociabiles fecit; illa aequum justumque composuit; ex illius constitutione miserius est nocere, quam laedi, et illius imperio paratae sunt ad juvandum manus. — — Habeamus in commune, quod nati sumus. Societas nostra lapidum fornicationi simillima est, quae casura, nisi invicem obstarent, hoc ipso sustinetur; Vergl. de Benef. IV, 18. Epist. XC. de Tranquill. anim. 3.

Das Gesetz dieser societas hominum ist die lex naturae: justi injustique regula [363]), als deren Gebot nun das jus naturae [364]) sich darstellt, welches, wie Alles, was der natura entstammt, allenthalben gleichmäßig sich kund giebt [365]).

In noch höherem Maaße tritt jene Doctrin hervor bei Marc. Antoninus Philos. (geb. 847, gest. 933 d. St.), ein Mann, dessen Lehre durch eine vollkommnere Annäherung an den milden, versöhnlichen, die erhabenste Liebe athmenden Geist des Christenthumes sich auszeichnet. Liebe deine Mitmenschen und gehorche Gott, φίλησον τὸ ἀνθρώπινον γένος, ἀκολούθησον θεῷ, lautet eins der sittlichen Gebote des Antonin [366]), welches in ächt christlichem Sinne bis zur Liebe und zum Wohlwollen selbst gegen die Feinde ausgedehnt wurde [367]). Aus dieser Gesinnung ist es zu erklären, daß die Philosophie des Antonin auf die Lehre von der societas hominum einen überwiegenden Nachdruck legt und die Vorschriften der Pflichten gegen die Mitmenschen wesentlich auf jenes Dogma stützt, in-

363) Epist. IV. de Benef. IV, 12.

364) Dasselbe wird z. B. Quaest. nat. III praef. erwähnt. Lex naturalis findet sich z. B. de Benef. IV, 17.

365) Vergl. Consol. ad Marc. 7. 8.

366) Comment. VII, 31.

367) Comment. VII, 26. IX, 27. XI, 13.

dem sie in dieser Beziehung die Beförderung des Wohles der gesammten Menschheit als leitenden Gesichtspunkt für die Gebote der ratio hinstellt. Gegenüber jener πόλις καὶ πολιτεία ἡ πρεσβύτατη, jener πόλις ἡ ἀνώτατη[368]) erscheinen daher die einzelnen Staaten nur im Verhältnisse von Familien zum Staate. Der Mensch aber ist der Menschen willen geboren[369]) und ist nur ein Theil jener κοινωνία, welche eine Verwandtschaft unter allen Menschen begründet und ein einheitliches Gemeinwesen, dem gegenüber der Einzelne nur als Glied des Ganzen erscheint, daher auch zur Beförderung von dessen Wohle verpflichtet ist[370]). Das stete Bewußtsein dieser Gemeinschaft und das Wirken im Sinne eines Gliedes derselben ist demgemäß die vornehmste und allgemeinste Pflicht gegen Andere[371]). Hierauf stützt sich das erhabene Wort jenes trefflichen Fürsten:

πόλις καὶ πατρὶς, ὡς μὲν Αντονίνῳ, μοι ἡ Ῥώμη, ὡς δὲ ἀνθρώπῳ, ὁ κόσμος (Civitas et patria mei, Antonini: Roma; hominis: mundus.) Comm. VI, 44.

Als Consequenz solcher Anschauung finden wir daher auch bei ihm die Lehre vom κοινὸς νόμος, rücksichtlich dessen er in Uebereinstimmung mit den übrigen Stoikern sagt:

κόσμος τε εἷς διὰ ἁπάντων, θεὸς εἷς διὰ πάντων, καὶ οὐσία μία, καὶ νόμος εἷς, λόγος κοινὸς πάντων τῶν νοερῶν ζώων, καὶ ἀλήθεια μία (et mundus unus et Deus unus est omnibus et facultas una et lex una, communis ratio intelligentium omnium animantium, et veritas una); Comm. VII, 9.

und:

εἰ τὸ νοερὸν ἡμῖν κοινὸν, καὶ ὁ λόγος, καθ' ὃν λογικοί ἐσμεν, κοινός· εἰ τοῦτο, καὶ ὁ προστακτικὸς τῶν ποιητέων, ἢ μὴ, λόγος κοινός· εἰ τοῦτο, καὶ ὁ νόμος κοινός· εἰ τοῦτο, πολῖται ἐσμέν· εἰ τοῦτο, πολιτεύματός τινος μετέχομεν· εἰ τοῦτο, ὁ κόσμος ὡσανεὶ πόλις ἐστί. τίνος γὰρ ἄλλου φήσει τις τὸ τῶν ἀνθρώπων πᾶν γένος κοινοῦ πολιτεύματος μετέχειν; ἐκεῖθεν δὲ ἐκτῆς κοινῆς ταύτης πόλεως

368) Comment. II, 16. III, 11.

369) Comment. VIII, 59.

370) Comment. VII, 13. X, 6. XI, 8.

371) Comm. VI, 23. VII, 55. VIII, 12. IX, 9. 22. 23. X, 2. 6.

καὶ αὐτὸ τὸ νοερον καὶ λογικὸν καὶ νομικὸν ἡμῖν, ἢ πόθεν; (si intelligentia nobis communis est, etiam ratio, qua rationales dicimur; si haec, etiam ea, quae, quid agendum sit, quid omittendum praescribit, ratio communis; proinde et lex communis; quodsi ita se habet, cives sumus, ergo civitatis alicujus participes; mundus igitur sicut civitas est. Cujus enim alius civitatis dicere possemus civilem esse communionem universo generi humano? Unde ergo nobis et intelligentia et ratio et lex, ex communi illa civitate an aliunde?) Comment. IV, 4.

§. 49.

Einfluß der Philosophie auf die röm. Jurisprudenz.

Die Frage über den Einfluß der Philosophie auf die röm. Jurisprudenz ist seit Cujacius Gegenstand vielfältiger Untersuchungen gewesen und bis auf die neueste Zeit herab in verschiedener Weise beantwortet worden [372]. Fast alle diese Erörterungen haben indeß im Wesentlichen nur dahin geführt, daß man entweder allen Einfluß der Philosophie auf die Entwickelung und Gestaltung der röm. Jurisprudenz negirte oder aber diesen Einfluß in zahlreichen Specialitäten der Rechtslehre auffand und darlegte. Das Erste ist so unhistorisch und widersinnig, wie das Letztere geschmacklos und kurzsichtig. Dieses kümmerliche Resultat vielseitiger Bemühung ist aber nothwendig bedingt durch die Unklarheit, mit welcher man an die Untersuchung selbst und deren Beantwortung ging. Denn jene Frage muß nach einem vierfachen Gesichtspunkte in's Auge gefaßt und beantwortet, und demgemäß die Erörterung darauf gerichtet werden, ob wir der Philosophie im Allgemeinen, ob wir einzelnen Dogmen derselben insbesondere einen Einfluß beimessen

---

372) Die vorzüglichste Schrift über diesen Gegenstand ist von Jan. Meschert van Vollenhoven, de exigua vi, quam philos. Graec. habuit in efformanda jurisprud. Rom. Amstelod. 1834. Die neueste mir bekannte Untersuchung ist von Ratjen: „Hat die stoische Phil. bedeutenden Einfluß auf die rc. juristischen Schriften gehabt?“ in Sell, Jahrb. Bd. III. pag. 66 ff. Die Litteratur findet sich in letzterer Abhandlung, sowie bei Bähr, Gesch. d. röm. Litteratur §. 329 Note 14., wozu Spangenberg, Einl. in das corp. jur. p. 226 sq. und Puchta, Inst. §. 102.

können auf die römische Rechtsbildung und Rechtswissenschaft im Allgemeinen oder auf einzelne Rechtslehren insbesondere.

Die erste jener Fragen muß bejaht werden, selbst bevor wir uns den Entwickelungsgang der röm. Jurisprudenz vergegenwärtigen. Denn wenn die Philosophie Griechenlands und Cicero's insbesondere einen Einfluß auf die röm. Wissenschaft im Allgemeinen, wie auf den gesammten röm. Volksgeist ausübte, so mußte solcher Einfluß auch die Rechtswissenschaft mit Nothwendigkeit berühren. Denn das Recht ist ein Product des Volksgeistes, wie die Jurisprudenz ein Theil der Gesammtwissenschaft. Afficirte daher die Philosophie die Ideenwelt der römischen Nation und namentlich auch der denkenden Köpfe, so mußte die röm. Jurisprudenz sowohl als Wissenschaft, wie auch in dem Gegenstande ihrer Lehre inspirirt und ergriffen werden von dem neuen Gedankenaufschwunge, den die Philosophie durch ihre nach höchster Wahrheit ringende Lehre anregte. Die Macht der Idee, welche, gleich der Stimme einer neuen Offenbarung, nach Rom herüberdrang aus Athen, jenem Tempel des höheren Cultus der Vernunft, konnte daher um so weniger ohne Einfluß auf die wissenschaftliche Bildung und Behandlung des Rechtes verbleiben, als die römischen Juristen in der That der Philosophie ihre Aufmerksamkeit zuwendeten. Denn nicht allein, daß die römischen Juristen als Männer sich darstellen, welche keineswegs dem Rechte allein ihre Thätigkeit und ihre wissenschaftlichen Bestrebungen ausschließlich widmeten [373]), so regte überdem gerade die Philosophie zum Studium ihrer selbst an, weil sie als integrirende Theile diejenigen Doctrinen in sich faßte, welche dem Rechtsgelehrten aller Orten und Zeiten geradezu unentbehrlich sind: die Logik, Metaphysik, Psychologie, als die Wissenschaften von den Grundlagen, dem Wesen und den Gesetzen des Denkens und als die Lehren des Definirens,

373) Vergl. z. B. wegen Trebatius Testa, Cic. Top. 1.; wegen Serv. Sulpicius Galba, Cic. Brut. 22.; wegen Serv. Sulpicius Rufus, Cic. Brut. 41. Gell. II, 10; wegen Labeo, Gell. XIII, 10.; wegen Pomponius dessen lib. 7. Epist. (l. 20. D. de fideic. libert. 40, 5.): Ego discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem optimam in octavum et septuagesimum annum aetatis duxi, memor sum ejus sententiae, qui dixisse fertur: χἂν τὸν ἕτερον πόδα ἐν τῇ σωρῷ ἔχω, προσμαθεῖν τι βουλοίμην.

Urtheilens, Entscheidens, und der Disputirkunst wie Beredtsamkeit; nicht minder die Ethik und Politik, als die Lehre über die letzten Gründe und das Wesen von Staat und Gesetz, Recht und Pflicht [374]). So boten sich den röm. Juristen Werke dar, wie des Aristoteles Bücher über die Gerechtigkeit, über Politik und Oekonomik, über Ethik und Rhetorik; des Zeno de legibus, des Chrysipp de lege, de honestate, des Panätis de officiis, des Chrysipp und Cleanth de ambiguitatibus (περὶ ἀμφιβολῶν und περὶ τῶν ἀπόρων), u. A. m., vornähmlich aber Cicero's Werke de officiis, de republica und insbesondere de legibus. Schriften dieser Art, welche selbst die dringendste Anempfehlung des Studium der Philosophie enthielten [375]), mochte ein Jurist von Bildung wohl niemals völlig vernachlässigen, und namentlich sind es die Werke der Stoiker, welchen wir neben denen Cicero's ein bedeutenderes Ansehen bei den Juristen beimessen dürfen. Denn namentlich diese zeichneten sich sowohl durch ihr practisches Wesen in Tendenz, wie Ausführung [376]), als auch

374) Vergl. Alfenus, lib. 6. Digest. (l. 76 D. de judic. 5, 1.), Africanus lib. 5. Quaest. (l. 88 pr. D. ad l. Falc. 35, 2.), Julianus lib. 54. Dig. (l. 65 D. de R. J. 50, 17.), Ulpianus lib. 47. ad Sabin. (l. 177 D. de V. S. 50, 16.); auch Cic. de Orat. I, 3., insbes. §. 9: Neque enim te fugit, omnium laudatarum artium procreatricem quandam et quasi parentem eam, quam φιλοσοφίαν Graeci vocant, ab hominibus doctissimis judicari. Vergl. auch de Orat. III, 16, 60. Brut. 31, 120. 121. Vergl. Note 375.

375) So sagt z. B. Cicero im Orat. 4, 14: positum sit igitur imprimis, quod post magis intelligetur, sine philosophia non posse effici eloquentem und §. 16.: nec vero sine philosophorum disciplina genus et speciem cujusque rei cernere neque definiendo explicare nec tribuere in partes possumus nec judicare quae vera, quae falsa sint, neque cernere consequentia, repugnantia videre, ambigua distinguere. Aeußerungen dieser Art finden sich namentlich in den rhetorischen Schriften häufig; vergl. de Orat. I, 42. u. 51. und die Note 374. citirten Stellen.

376) Die Untersuchungen der Stoiker über den Umfang und das Maaß der Pflichten erstreckten sich insbesondere auch auf die in dem äußeren Verkehr des Lebens hervortretenden Pflichten und auf Verhältnisse, welche einerseits dem täglichen Verkehre angehörten, andrerseits einer rechtlichen Normirung bedurften; vergl. die Erörterungen des Hecato von Rhodus in seinem Werke de officiis bei Cic. de Off. III, 15. u. 23., die Untersuchungen des Diogenes von Babylon und Antipater von Tarsus bei Cic. de Off. III, 12. 13. u. 23. Diese Umstände in Verbindung mit der casuistischen Be-

dadurch aus, daß sie zu practischer Thätigkeit unmittelbar anregten [377]). Allein auch die Schriften des Aristoteles und Theophrast, die in der Bibliothek des Apellicon durch Sulla nach Rom gebracht und nach des Letzteren Tode durch Andronicus von Rhodus in einer Gesammtausgabe veröffentlicht worden waren [378]), werden durch ihre Berücksichtigung der Einrichtungen und Sitten der verschiedenen Völker die Aufmerksamkeit der Juristen auf sich gelenkt haben [378a]).

Wenn bereits diese Umstände auf ein allgemeineres Studium der philosophischen Schriften Seitens der röm. Juristen schließen lassen, so wird diese Wahrnehmung auch noch bestätigt durch die Thatsache, daß bereits im Zeitalter der ausgehenden Republik eine nicht unbedeutende Anzahl von Rechtsgelehrten, sei es als Anhänger von philosophischen Schulen und namentlich der stoischen, sei es als Zuhörer und Schüler von Philosophen, sei es als Freunde oder Bearbeiter der Philosophie uns genannt werden. Hierher gehören, außer Cicero, M. Antonius [379]), und anderen gerichtlichen Rednern insbesondere C. Laelius, ein Zuhörer des Diogenes und Panätius, sowie L. Furius Philus [380]); ferner als Schüler des Panätius: P. Rutilius Rufus, Q. Aelius Tubero und Q. Mucius Scävola Augur [381]); ingleichen Sext. Pompejus [382]), M. Brutus [383]),

---

handlung der Sache machten jene Untersuchungen für die Juristen ganz geeignet, als Vorstudium zu dienen, weniger freilich als Rathgeber bei den Responsa.

377) Ueber das πολιτεύεσθαι τὸν σοφόν s. Stob. Ecl. II, p. 184 sq. 228. u. Cic. de Fin. III, 20, 68. Vergl. ferner Senec. de otio sapient. c. 28. 30. Epist. XVI. Diogen. Laert. VII, 121.; endlich auch C. Musonius Rufus de optimo senectutis viatico bei Stob. Serm. 117, 8. Gaisf.

378) Stahr, Aristot. II. p. 122—134.

378a) Vergl. namentlich Cic. Top. 1.

379) Vergl. Stahr, Aristot. unt. d. Röm. p. 15—17.

380) Cic. de Fin. II, 8. de Orat. II, 37. Tusc. IV, 3. de Rep. III, 3.

381) Cic. de Off. III, 2. Brut. 30. 31. de Orat. I, 10. 17. 53. pr. Mur. 36. Acad. II, 44. de Fin. IV, 9. I. 2. §. 40. D. de O. J. 1, 2. Athen. Deipnosoph. VI, 31.

382) Cic. Brut. 47. Vergl. de Orat. I, 15. III, 21. de Off. I, 6. Phil. XII, 11.

383) Cic. Brut. 31, 118. Wegen seiner litterarisch-philosophischen Thätigkeit s. Note 291a.

M. Cato [384]) und Serv. Sulpicius Rufus [385]), insgesammt Stoiker; endlich Alfenus Varus, der sich als Kenner der atomistischen Philosophie erweist [386]). Wenn aber aus dem Zeitalter des Kaiserreiches uns weiter keine Juristen als Anhänger von Philosophenschulen genannt werden, so darf der Grund hierfür nicht darin gesucht werden, daß nunmehr das Studium der Philosophie gänzlich erloschen gewesen sei, als vielmehr theils darin, daß für diese Zeit keine Quellen vorhanden sind, welche, wie Cicero, jenen Thatsachen eine besondere Aufmerksamkeit zuwendeten, theils aber auch darin, daß in jenen früheren Zeiten das Studium der Philosophie noch eine weniger allgemeine Beschäftigung bildete, daher weit eher der Auszeichnung und Erwähnung werth scheinen konnte, als in den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit, wo jenes Studium allen Juristen von gelehrter Bildung gemein war [387]). Für letzteren Umstand spricht aber namentlich auch die doppelte Wahrnehmung, daß wir theils einen Einfluß der Philosophie auf einzelne Rechtslehren auch in dieser Zeit wahrnehmen [388]), theils in den Schriften der Juristen dieser Periode mehrfältige Citate und Berufungen auf philosophische Autoritäten vorfinden. Hierfür dienen als Belege nicht allein die in Note 374. bereits citirten Stellen, sondern auch die Berufung auf Plato bei Callistratus, lib. 3. de cognit. (l. 2. D. de nund. 50, 11.), auf Xenophon bei Gajus lib. 1. ad leg. XII. Tab. (l. 233. §. 2. D. de V. S. 50, 17. und §. 5. J. de publ. jud. 4, 18.), auf Aristoteles bei Julianus lib. 1. ad Ursej. Feroc. (l. 36. D. de solut. 46, 3.) und

384) Cic. Brut. 31, 118. 119. Orat. 10. de Divin. II, 1.

385) Cic. Brut. 41. Acad. II, 25.

386) Lib. 6. Digest. (l. 76 D. de judic. 5, 1.)

387) Diese Argumente entlehne ich aus Mescher van Vollenhoven, l. c. p. 42. Beizufügen ist, daß Plin. Epist. I, 10. die Jurisprudenz für einen Theil der Philosophie erklärt: Esse hanc philosophiae, et quidem pulcherrimam partem, agere negotium publicum, cognoscere, judicare, promere et coërcere justitiam; quaeque ipsi doceant, in usu habere. In gleichem Sinne stellt Ulpian, lib. 1. Inst. (l. 1. §. 1 D. de J. et J. 1, 1.) die Jurisprudenz als die vera philosophia, d. l. als die practische Philosophie, der theoretischen als der simulata gegenüber.

388) Vergl. §. 50.

auf Theophrast bei Pomponius lib. 25. ad Sabin. (l. 5. D. de leg. I, 3.), sowie bei Paulus lib. 17. ad Plaut. (l. 3. D. si pars heredit. 5, 4. und l. 6. D. de leg. 1, 3.); auf Chrysippus bei Marcian lib. 1. Inst. (l. 2. D. de leg. 1, 3), auf Pythagoras bei Paul. Sent. rec. IV, 9, 5.; auf die Graeci im Allgemeinen bei Ulp. lib. 1. Inst. (l. 6. §. 1. D. de J. et J. 1, 1. und §. 3. I. de j. n. 1, 2. vergl. auch §. 10. J. eod.), endlich auf Cicero bei Celsus lib. 25. Dig. (l. 96. D. de V. S. 50, 16), bei Tryphoninus lib. 10. Disput. (l. 39. D. de poen. 48, 19.), bei Ulpian. lib. 59 ad Edict. (l. 7. §. 4. D. quib. ex caus. in poss. 42, 4.) u. s.

Alle diese Momente lassen den Einfluß der Philosophie auf die Fortbildung und Behandlung des Rechtes, wie der Rechtswissenschaft unzweifelhaft erscheinen, daher es in dieser Beziehung lediglich nur noch darum sich handeln kann, die Art dieses Einflusses und seine einzelnen Kundgebungen in's Auge zu fassen.

§. 50.

Fortsetzung.

(Einfluß der Philosophie auf die röm. Jurisprudenz.)

Wenn wir zunächst den Einfluß der Philosophie auf röm. Rechtsbildung und Rechtswissenschaft im Allgemeinen und abgesehen von einzelnen Rechtslehren in's Auge fassen, so müssen wir gerade hierauf das meiste Gewicht legen und eine derartige Einwirkung als die folgenreichste und wichtigste bezeichnen; denn von mehr untergeordnetem und beschränkterem Interesse erscheint es, wenn einzelne Juristen in einzelnen Punkten den Ansichten der Philosophen sich anschloßen, wenn sie einzelne Definitionen der Letzteren, einzelne Sentenzen derselben, wenn sie detaillirende Entscheidungen und Urtheile, speciellere Lehren und Grundsätze sich aneigneten und in ihren Schriften niederlegten. Wohl aber gewinnt es für die Beurtheilung der Entwickelung des römischen Rechtes eine wesentliche und universelle Bedeutung, wenn wir der Philosophie einen zwar weniger in die Augen springenden, aber tiefgehenden und weitgreifenden Einfluß auf die Grundzüge der gesammten Rechtsbildung und Rechtsbehandlung überweisen dürfen. Wie bald jedoch immerhin in dieser Beziehung die Anschauung sich geltend macht, daß bei dem vorausgesetzten Einfluß der Philosophie auf römische

Wissenschaft und Leben im Allgemeinen dieselbe auch die Jurisprudenz zur speculativen Erforschung des Wesens des Rechtes und zur abstrahirenden Anschauung der Rechtsinstitute emporgehoben und zu geistig freierem Blicke in der Auffassung und Beurtheilung aller rechtlichen Beziehungen influirt habe, so fällt es dennoch schwer, diesen allgemeinen Einfluß in seinen einzelnen Kundgebungen darzulegen, weil nur eine Vergleichung des gesammten Rechtssystemes und des Zustandes der Rechtswissenschaft in dem Zeitalter bis Cicero mit den entsprechenden Verhältnissen in den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit hierfür die genügenden Unterlagen bieten kann, unsere Wissenschaft der röm. Rechtsgeschichte aber diese Unterlagen uns gar nicht oder nur höchst dürftig bietet. Dennoch glauben wir in einigen Punkten jenen Einfluß nachweisen zu können, ohne auf eine von unserem Ziele allzuweit abführende Untersuchung uns einlassen zu müssen.

Das Moment, welches zunächst vor die Augen tritt, weil das Zusammentreffen der Reform in der Jurisprudenz mit dem Zeitpunkte des Eindringens der Philosophie ein äußerliches genannt werden kann, bietet der Aufschwung, den die wissenschaftliche Behandlung des Rechtes dadurch erhält, daß dieselbe von ihrer anfänglichen Methode eines interpretativen und exegetischen Verfahrens zu der höheren Phase der systematischen Methode sich erhob. Dieser Fortschritt steht, wie bemerkt, in einem äußeren Connexe mit dem Eindringen der Philosophie auf römischen Boden, insofern als nicht nur der Zeitpunkt beider Veränderungen, sondern auch die Personen, an welche jene Neuerungen sich anlehnen, beide Mal die nämlichen sind. Q. Mucius, Servius Sulpicius und Cicero sind es, denen wir das Hauptverdienst für die erste Begründung einer systematischen Methode in der Rechtswissenschaft beizumessen haben [389]), und sie wiederum

389) Wegen Q. Mucius s. Pomponius lib. sing. Enchir. (l. 62 §. 41. D. de O. I. 1, 2.): Q. Mucius P. F., P. M. jus civile primus constituit, generatim in libros XVIII. redigendo. Wegen Servius s. Cic. Brut. 41: Sic enim — — existimo, juris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse; artem in hoc uno: quod nunquam effecisset ipsius juris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explicare interpretando, ambigua primum videre, deinde dis-

sind es, deren Namen im Kreise der ältesten Verehrer der Philosophie glänzen. Dieses Zusammentreffen beider Thatsachen in den nämlichen Personen kann um so weniger als rein zufälliges und äußerliches aufgefaßt werden, als Cicero selbst Brut. 41. (s. Note 389) den Causalnexus zwischen der Cultur der Philosophie und jenem Aufschwunge der Methodik anerkennt und mit vollem Nachdrucke hervorhebt. Denn gerade die Philosophie (in ihrem antiken Umfange) ist es, sagt Cicero, welche unseren Geist zur Abstraction hinleitet und uns befähigt, mit unserem geistigen Auge eine Wissenschaft in der Weise als einheitliches Ganze zu erfassen und zu überschauen, daß wir innerhalb der bunten Mannichfaltigkeit, welche in der Totalität umschlossen liegt, einen leitenden Gesichtspunkt aufzufinden vermögen, von welchem, als dem Centrum aus, wir in Radien gleichen Strahlen die einzelnen Theile des Kreises zum Systeme zu construiren befähigt sind.

Neben diesem in einer mehr äußerlichen Beziehung sich kundgebenden Einflusse der Philosophie auf die Jurisprudenz tritt uns jedoch als ein weit gewichtvollerer Moment die Einwirkung entgegen, welche die Philosophie in einer Umgestaltung des Rechtes, wie der Rechtslehre bekundete und die theils darauf beruhte, daß die römische Jurisprudenz einzelne Lehren der Philosophie ohne Weiteres adoptirte, theils darauf, daß die Letztere den Gesichtskreis der Ersteren erweiterte, in eine höhere Sphäre verlegte und so als befruchtende Kraft neue Ideen erzeugte und zu neuen Speculationen anregte.

Zunächst jene Aufnahme philosophischer Lehren in die römische Jurisprudenz betreffend, so können wir als beispielsweise Hindeutungen anführen, daß die römischen Juristen selbst bekennen, die Eintheilung des Rechtes in ein jus scriptum und non scriptum der Eintheilung der griechischen Philosophie in

---

linguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae, quibus propositis essent, quaeque non essent consequentia. **Hic enim attulit hanc artem omnium artium maximam quasi lucem ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur;** Vergl. c. 42. de Orat. I, 42. 43. Endlich Cicero gehört hierher durch die Schrift de jure civile in artem redigendo, deren Tendenz nach dem Titel nicht zweifelhaft sein kann.

νόμοι οἱ ἔγγραφοι und οἱ ἄγραφοι entnommen zu haben [390]; daß ferner die tria praecepta juris unzweifelhaft aus den durch die Philosophie gebotenen Formeln zusammengestellt sind [391]; daß sodann die Definitionen der Stoiker von der σοφία und des Cicero und Seneca von der sapientia auf die jurisprudentia übertragen, die Definition von der justitia aber der δικαιοσύνη der Stoiker nachgebildet wurde [392]; daß endlich die Altersbestimmungen der infantia und pubertas, sowie der Schwangerschaftsperiode von 7—10 Monaten in Verbindung stehen mit der alten pythagoräischen Lehre von der Bedeutung der ἑβδομάς oder ἑπτάς [393].

Alle diese Momente, deren erschöpfende Darstellung ganz außerhalb des Gebietes unserer Erörterung liegt, treten indeß in den Hintergrund zurück gegenüber jener Thatsache: der Reception der Lehre vom jus naturale selbst in die römische Jurisprudenz. Denn wer nur mit annäherungsweise unbefangenen Blicken die Stellung der römischen Jurisprudenz zur Philosophie in's Auge faßt, dem wird die Wahrheit offenkundig scheinen, daß die erste maaßgebende und anregende Idee des jus naturale aus der Philosophie von der Jurisprudenz entlehnt ward, und daß somit die Letztere in der That von der Ersteren inspirirt wurde und lediglich eine von der Philosophie ihr überlieferte Vorstellung, obwohl in ihrer eigenen Weise verarbeitete.

Diesen derivativen Character des leitenden Gedankens der Lehre statuiren wir aber nicht allein hinsichtlich des den Menschen ausschließlich eigenen jus naturale, wo Cicero's Philosophie eine unmittelbare und offenkundige Verbindung zwischen der griechischen Philosophie und der römischen Jurisprudenz vermittelt, sondern wir erkennen jene Genesis selbst hinsichtlich der Idee eines allen lebenden Wesen gemeinsamen jus naturale an, indem auch hier der ausgedehntere Zeitraum und die größere Entfernung in den intellectuellen Beziehungen, welche die Träger jener Lehre in

390) Ulpian lib. 1 Inst. (l. 6 §. 1. D. de I. et I. 1, 1. und §. 3. I. de I. N. 1, 2.); denn unter den Graeci, die hier genannt sind, können in der That nur Philosophen verstanden sein; Vergl. §. 34.

391) Vergl §. 93.

392) Vergl. §. 27 und 28.

393) Vergl. Heidelberger Jahrb. 1815. p. 669 sq., wozu Paul. sent. rec. IV, 9, 5. und Schulting, ad h. l.

der Philosophie und Jurisprudenz einander fremder erscheinen läßt, verringert wird durch mannichfache Mittelspersonen, welche jene leitende Idee von Geschlecht zu Geschlecht fortpflanzten und vermittelten. Denn beobachten wir das Schicksal jener Idee des Pythagoras, der als Consequenz seiner Lehren von der Seelenwanderung und der generischen Identität der Menschen- und Thierseele jenes Dogma von dem allen lebenden Geschöpfen gemeinsamen Rechte zuerst in den Ideenkreis der griechischen Philosophie hineintrug und hier in eine innere Verbindung setzte mit der Vorschrift einer liebevollen Behandlung der Thiere, wie mit dem Verbote des Schlachtens und Essens derselben, so sehen wir, wie diese Vorstellungen, von hier ihren Ausgang nehmend, fortan das gesammte classische Alterthum durch den Gegensatz ihrer Vertretung und Verwerfung bewegten: Von den Pythagoräern entlehnt zunächst Empedocles die Lehre von der Rechtsgemeinschaft [394]), während gleichzeitig auch der Atomistiker Democrit den pythagoräischen Standpunkt einnimmt in der Lehre, daß die Unrecht handelnden Thiere getödtet werden dürften, und zu tödten seien [395]). Zur selbigen Zeit aber tritt Socrates auch den Pythagoräern entgegen, indem er den Satz aufstellt, daß die Thiere um der Menschen willen, zu deren Genuß und Benutzung geschaffen seien [396]). Diesen Widerspruch theilt Diogenes der Cyniker, indem er den Genuß des Fleisches für erlaubt erklärt [397]), während Aristoteles in gleichem Maaße die Lehre von der Rechtsgemeinschaft mit den Thieren verwirft [398]), und auch die Stoiker lehren, daß die Thiere um der Menschen willen und zu deren Genuß und Gebrauch bestimmt seien, und dem entsprechend jede Rechtsgemeinschaft zwischen Beiden ausdrücklich in Abrede stellen [399]).

---

394) Vergl. §. 19.

395) Stob. Serm. 44, 16. 17. 18. Gaisf.

396) Xen. Mem. IV, 3, 10. sq.

397) Diogen. Laert. VI. §. 73.

398) Eth. Nic. VIII, 11, 6. Vergl. auch Hist. animal. I, 1. ex. IX, 7. de Part. anim. II, 10. IV, 10. Wegen Epicur vergl. §. 26 Note 191.

399) Vergl. §. 28 Note 217 und Cic. de Off. I, 7, 22. de N. D. I, 2, 4; ferner Chrysippus bei Cic. de N. D. II, 14, 37. 64, 160. Porphyrius, de abstin. III, 20. p. 259. sq. Rhoer.

Unter den Römern trat Cicero den Ansichten der Stoiker bei [400]), während andere Schriftsteller die von den Pythagoräern ausgegangenen gegentheiligen Dogmen vertraten [401]), ja theilweis auch auf eigene Gründe stützten [402]), wogegen Spätere wiederum diese Lehren bekämpften [403]).

So finden wir die Lehre des Pythagoras von einem zwischen Mensch und Thier gemeinem Rechte durch jenen Widerstreit der Ansichten verewigt: wir erblicken jene Lehre theils durch die Vertretung, theils durch die Bekämpfung derselben der griechischen Philosophie zu steter Erinnerung aufgefrischt; wir sehen, wie von hier aus der Kampf auf das Gebiet römischer Wissenschaft sich zieht und auch hier jene Dogmen, sei es an sich, sei es in den in innerem Zusammenhange mit ihnen stehenden Lehren, Vertreter, wie Widersacher finden. Wenn wir daher inmitten dieses Kampfes jene Lehre von der Gemeinschaft eines Rechtes zwischen Menschen und Thieren von Einzelnen der röm. Juristen vertreten finden, so können wir zwar nicht die Genesis dieses Gedankens bis rückwärts zu der ersten verwandten Ideenregung im Hirne jener Juristen verfolgen: wir vermögen nicht zu sagen, welche Ideenverbindung dieses Dogma bei den Letzteren hervorrief; allein die Behauptung erscheint gerechtfertigt, daß wir den römischen Juristen Bekanntschaft mit jener Lehre des Pythagoras beimessen dürfen, und daß wir sonach diesen Dogmen einen, sei es mittelbaren, sei es unmittelbaren Einfluß auf diese juristische Doctrin zuzuerkennen haben, ja daß wir den ersten Keim und Ausgang dieser Lehre, die leitende Idee und den befruchtenden Grundgedanken derselben in den Philosophemen des Pythagoras zu suchen und zu finden berechtigt sind.

---

400) de N. D. II, 62. sq. Tusc. I, 28. 69. de Leg. I, 8, 25. wozu vergl. Cic. de Off. I, 4. 16. 30.

401) Vergl. §. 19 Note 85 und §. 47. ex.

402) So z. B. der Neuplatoniker Q. Sextius bei Senec. Epist. 108.

403) So Porphyr. de abstin. namentlich III, 1. 2. Rhoer. Plut. de esu carn. namentlich II, 3. sq. sowie bei Porphyr. de abstin. III, 19.

§. 51.

Fortsetzung.

(Einfluß der Philosophie auf die römische Jurisprudenz).

Eine noch höhere Bedeutung messen wir indeß dem Einflusse der Philosophie auf die Jurisprudenz darin bei, daß jene, und auch hier wiederum vornämlich durch die Lehre vom jus naturale, neue fruchtbringende Ideen in die Rechtswissenschaft hineintrug und zu höherer selbstständiger Speculation über die letzten Principien des Rechtes, wie zur Forschung über das Wesen und die Materie desselben anregte. Denn vor Allem diese Thatsache ist es, welche in Wahrheit eine neue Periode in der Rechtswissenschaft Rom's begründete und einen Aufschwung vermittelte, der das römische Recht seiner letzten Vollendung entgegenführte.

Vornämlich eine fünffache Richtung aber ist es, nach welcher jene Speculation über die letzten Gründe des Rechtes sich bewegte, bedingt nämlich durch die fünffältige Frage nach der Wesenbestimmung, der letzten Quelle, nach dem letzten Grunde der bindenden Kraft des Rechtes, wie nach dessen obersten leitenden Principien und nach seinem Rechtssubjecte. Von diesen fünf Punkten fanden wir die ersten beiden und den letzten bereits von der Philosophie Griechenlands und Cicero's angeregt (vergl. §. 30. und §. 40.), wenn gleich nicht insgesammt mit der nämlichen Aufmerksamkeit behandelt; dagegen die Fragen nach den allgemeinsten Principien, wie nach dem letzten Grunde der bindenden Kraft des Rechtes waren zwar, ebenfalls der Philosophie nicht unbekannt, doch aber standen dieselben in so vollständiger und unmittelbarer Abhängigkeit von den übrigen Problemen, daß ihnen eine selbstständige Erforschung nicht zu Theil wurde.

Das erste nun jener fünf Probleme der römischen Jurisprudenz fällt zwar nicht unmittelbar in das Gebiet des für uns maaßgebenden Stoffes hinein, allein da wir der besseren Orientirung wegen dessen Behandlung in Betracht ziehen werden, so wird sich hierbei auch der von uns behauptete Einfluß der Philosophie ergeben.

Dagegen die Speculation der röm. Juristen über die letzte Quelle des Rechtes bildet den einen der unsere künftige Erör-

terung bestimmenden Factoren und das hierbei zu gewinnende Resultat wird lehren, wie selbst ein unmittelbarer Einfluß der Philosophie auf die Lehrsätze der Jurisprudenz sich nicht verkennen läßt. Die Lösung dieses Problemes leitet insbesondere zu der Unterscheidung eines jus civile und jus naturale hin, die, obwohl der Philosophie entlehnt und nachgebildet, doch gleichzeitig auch in selbstständiger Weise geführt wird. So nun entstammt aus der Philosophie, aber vielseitig in ureigener Weise durchgeführt, gewinnt sodann diese Speculation eine doppelte Bedeutung: einmal an sich und durch den Gang, den sie einschlägt, wie durch das Resultat, welches sie gewinnt; sodann aber auch dadurch, daß sie die Sphären der übrigen drei Probleme durchschneidet und, diese selbst afficirend und theilweis bestimmend, ihr eigenes Resultat mit dem der letzteren verbindet.

Die Speculation über den letzten Grund der Herrschaft des Gesetzes geht aus von dem historisch gegebenen Gegensatze des jus civile und jus gentium, und indem sie bei der sich aufdrängenden Reflexion von Stufe zu Stufe bis zu dem höchsten und letzten Grunde emporbringt, und hier in den Voraussetzungen des jus civile und jus naturale die Lösung ihrer Frage findet, so tritt sie nun in diesem Stadium auf das Gebiet des obigen zweiten Problemes über, von wo aus sie endlich zu einem Rückschluß auf die Identität von jus gentium und jus naturale, wie von jenem heterogenen zwiefältigen jus civile sich verleiten läßt.

Sodann die Speculation über die generellsten absoluten Principien des Rechtes gelangt zur Annahme eines doppelten Principes: der aequitas und der utilitas, welche zugleich mit einer stricta ratio sich verbindet. Auch hier nun wird das aequum et bonum mit dem jus naturale, das strictum jus mit dem jus civile gleichgestellt, und hiermit ebenfalls die Verbindung der Sphäre dieses Problemes mit dem jenes zweiten über die Quelle des Rechtes vermittelt.

Endlich das fünfte Problem über das Rechtssubject findet seinen Schwerpunkt ebenfalls in den bereits gewonnenen Begriffen von jus civile und jus naturale, wie beziehentlich von jus gentium.

Alle diese Probleme treten nun zwar keineswegs bei allen Juristen, noch auch in der gleichen Maaße zu Tage. Allein wie

immer diese Kundgebungen beschaffen sein mögen, so ist es doch allenthalben die Philosophie, welche in letzter Instanz als anregende Kraft und als Quelle der ersten fruchtbringenden Idee anzuerkennen ist, wie als das läuternde Element, welches, indem es den Blick über die Gränze rein nationaler Rechtsbildung in das Gebiet des abstracten Rechtsstoffes sich zu erheben gestattete, dem Urtheil eine Selbstständigkeit und der Reflexion eine Freiheit verlieh, die befähigte, der höchsten und absoluten Rechtswahrheit sich anzunähern.

Dieses Uebertreten des Blickes in den freien Raum der denkbaren Rechtsmaterie offenbart sich mit der gegenwärtigen Periode insbesondere auch in der Auffassung der gegebenen Rechtsbegriffe und Institute, indem nunmehr diejenigen derselben, welche einen annäherungsweise national-universellen Character an sich tragen, frei und unabhängig von ihren besonderen Erscheinungsformen bei den verschiedenen Völkern gedacht und in ihren wesentlichen Elementen begrifflich construirt, somit aber von einem wahrhaft philosophischen Standpunkte aus in's Auge gefaßt werden. Hierin aber liegt, selbst wenn wir der vorhergehenden Periode die Benutzung der comparativen Jurisprudenz nicht schlechthin abzusprechen haben, dennoch ein wesentlicher Fortschritt, der darin besteht, daß gegenwärtig die Rechtswissenschaft ebensowohl in einer ihres Zieles sich wohlbewußten Weise strebt, das allgemeine Element in den positiven Rechten der Völker aufzusuchen und hervorzuheben, wie auch vornämlich auf den durch den Verstand gebotenen Werthmesser die Bestimmung des allgemeinen Wesens von Rechtsbegriffen und Instituten stützt. Daher tritt zugleich neben den rein objectiven und mehr beschränkten Maaßstab, welcher durch die empirische Erkenntniß der comparativen Jurisprudenz gewonnen wird, als höhere bestimmende Norm das subjective und frei bewegliche Criterium, welches die reflectirende Vernunft und der denkende Verstand jedem Gebildeten als frei geistiges Eigen bietet. Auf diesem Wege der speculativen Forschung gelangen daher die römischen Juristen mitunter zu dem Resultate, daß sie Begriffe feststellen, welche zunächst nur in diesem Gebiete philosophischer Reflexion, in Wahrheit aber weder im römischen Rechte, noch auch vielleicht in irgend welchem positiven Rechte jener Zeit als wirkliche gegeben waren.

Für diesen Umschwung in der Auffassungsweise der röm. Rechtswissenschaft einen vollen Beweis zu liefern, sind wir zwar bei der Beschaffenheit unserer Quellen durch den Mangel der genügenden Anhaltepunkte außer Stand gesetzt, allein dennoch verräth sich jener Entwickelungsgang aus einzelnen Momenten. Namentlich sind es nicht allein einzelne Sentenzen, in denen wir das freie Walten philosophischer Speculation erblicken [404]), sondern auch die uns überlieferten Definitionen der röm. Juristen, in welchen wir jenen mehrfachen Gesichtspunkt angedeutet finden.

Der von Alters her überlieferte specifisch römische Standpunkt giebt sich hierbei in der doppelten Richtung kund, daß man theils Rechtsbegriffe und Institute, denen eine über die nationale Gestaltung und Auffassung hinausreichende, universelle Bedeutung beiwohnt, dennoch lediglich in ihrer Stellung und Beziehung zum römischen Rechte in's Auge faßt; so in der Definition von jus publicum, als jus quod ad statum rei romanae spectat [405]), in der Definition des Servius Sulpicius von tutela als vis et potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa [406]), ferner von obligatio als juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura [407]), von connubium, als uxoris jure (i. e. civili Romanorum) ducendae facultas [408]) u. a. m. Anderntheils giebt sich jener Gedankengang auch darin kund, daß man Rechtsinstitute, welche lediglich und ausschließlich dem römischen Rechte bekannt waren, dennoch in der Weise definirt, daß man in der Definition selbst alle Andeutung an diese nationale Besonderheit des Institutes unterließ, wobei dann in eben der Weise ein specifisch römischer Gesichtspunkt eingenommen und vorausgesetzt

404) Hierher gehört z. B. der Ausspruch des Marcian in lib. 1. inst. (§. 2. I. de J. N. 1, 2. vergl. Beilage V.) sowie des Ulp. in lib. 1. Inst. (1. 4. D. de J. et J. 1, 1.): jure naturali omnes liberi nascuntur, der im Gegensatze steht zu der Lehre, daß der Sclave durch seine Geburt keine capitis deminutio erleide, u. a. m.

405) Ueberliefert von Ulpian lib. 1. Inst. (l. 1. §. 2. D. de J. et J. 1, 1.).

406) Ueberliefert von Paulus lib. 38. ad Edict. (l. 1. pr. D. de tutel. 26, 1.).

407) Ueberliefert in pr. J. de Obl. 3, 13.

408) Ueberliefert von Ulpian fr. V, 3.

wird, wie bei dem Sprachgebrauche hinsichtlich des Ausdruckes jus civile, rücksichtlich dessen Marcian lib. 1. Inst. (§. 2, I. de J. N. 1, 2. Vergl. Beilage V) bemerkt: quoties non addimus, cujus sit civitatis, nostrum jus significamus. Beispiele hierfür bieten die Definitionen von capitis deminutio als status permutatio, und von deren einzelnen Unterarten als capitis deminutio, per quam et civitas et libertas amittitur, und per quam sola civitate amissa, libertas retinetur, und per quam et civitate et libertate salva, status dumtaxat hominis mutatur [409]); ferner die Definitionen von usucapio als adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti [410]) und von bonorum possessio als jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque, cum moritur, fuit [411]), u. a. m..

Dagegen den Standpunkt rein philosophischer Abstraction und Speculation bekunden nicht allein die Definitionen von allgemeinen Rechtsbegriffen, wie von jus, justitia, jurisprudentia, jus singulare, jus consuetudinis, mores, und dergl., sondern man trug denselben auch auf Rechtsinstitute über, denen bezüglich der Requisite ihrer Form oder ihrer Subjecte, oder in irgend welcher anderen Beziehung ein rein nationaler Character durch das positive Recht unlösbar eingeimpft war. Hierher gehört unter Anderem die Ehe, welche lediglich zwischen den des römischen connubium Theilhaften als eine nach römischem Recht bestehende Verbindung von Alters her festgestellt und überliefert war. Indem man jedoch von jenem Standpunkte der philosophischen Abstraction ausgehend, dieselbe als conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio [412]) definirte, so gelangte man hiermit zu einer Begriffsbestimmung, welche, von viel weiterem Umfange als der gesetzlich gegebene Begriff, ein Institut hinstellte, wie es überhaupt in keiner Legislation des Alterthumes sich vorgefunden haben dürfte, und

409) Ueberliefert von Gaj. lib. 4. ad Edict. prov. (l. 1. D. de cap. min. 4, 5.), Paul. Sent. I, 7, 2. Ulp. fr. XI, 11—13.

410) Bei Modestin lib. 5. Pandect. (l. 3. D. de usurp. 41, 3).

411) Ulpian lib. 39. ad Edict. (l. 3. §. 2. D. de B. P. 37, 1).

412) So Modestin lib. 1. Regul. (l. 1. D. de R. N. 23, 2.); ähnlich §. 17. J. de Nupt. 1, 10.

welches sonach in dieser Allgemeinheit des Begriffes, in dieser Wesenbestimmung durch rein innere und sachliche Merkmale ohne alles gesetzliche Fundament lediglich innerhalb dieser Abstraction existirte. Dennoch wirkte aber diese Begriffsbestimmung wiederum auf die Rechtsanschauung insofern zurück, als diese allmählig sich daran gewöhnte, jenen abstracten Begriff auf das practische Leben überzutragen, und so ein Rechtsinstitut construirte, welches in dieser seiner Gestaltung dem jus civile völlig unbekannt, aber auch dem jus gentium von Vorn herein fremd und ursprünglich lediglich auf jenen idealen Begriff sich stützend, dennoch als Rechtsinstitut dem practischen Leben zugestanden und schließlich, wie es scheint, dem jus gentium überwiesen wurde.

Dieser Entwickelungsgang der römischen Rechtsbildung, den wir auch bezüglich anderer Rechtsinstitute wahrzunehmen vermögen, hat in nothwendiger Folge die von Alters her überlieferte consequente Construction der Rechtsinstitute erschüttert und namentlich in den historisch gegebenen Gegensatz von jus civile und jus gentium manche Verwirrung und Unklarheit hineingetragen, welche nur auf Kosten der richtigen Erkenntniß jenes Gegensatzes von den Neueren als ein consequentes Ergebniß aus dem Wesen jener Gegensätze selbst aufgefaßt und dargestellt worden ist[413].

Gerade diese Erscheinung aber, deren volle Wichtigkeit für die Entwickelung des jus gentium wir in Thl. II. darlegen, wie näher begründen werden, beweist zugleich, wie intensiv und attractiv die Philosophie durch die Vermittelung der Rechtswissenschaft auf die Rechtsbildung selbst einwirkte.

413) So z. B. Savigny System Bd. I. p. 111. 112. und §. 69. Note e.

Zweites Capitel.

Jus naturale.

§. 52.

Jus naturale im Allgemeinen.

Aus dem bunten und fast verworrenen Hintergrunde, den in der Doctrin vom jus naturale die Dogmen der griechischen, wie römischen Philosophie bilden, tritt uns entgegen die Lehre der römischen Jurisprudenz, ein weniger reich und schwunghaft ausgestattetes, aber mit sicheren und kräftigeren Zügen gezeichnetes Bild.

In ununterbrochener Aufeinanderfolge schließt sich diese Lehre der röm. Juristen an das jus naturale der vorausgegangenen Zeiten an, und während am Ausgange der röm. Republik vornämlich Cicero als Träger jener Lehre auf ächt röm. Boden erscheint, so begegnen wir bereits an der Pforte des Kaiserreiches einem Labeo[414], Sabinus und Cassius[415], einem Javolenus[416], wie Neratius[417], vertraut mit jener Doctrin. Cicero selbst erscheint hierbei als Mittelsperson, welche die Tradition vom φύσει δίκαιον der griechischen Philosophie an die römische Jurisprudenz überliefert, und er bezeichnet zugleich in zeitlicher Beziehung den Mittelpunkt der Linie, welche jene Lehre im Alterthum durchlief: von den wissenschaftlich philosophischen Regungen des griechischen Geistes abwärts bis zu dem Versinken der Menschheit in geistige Schwäche während der Herrschaft der byzantinischen Kaiser.

Allein auch in sachlicher Beziehung nimmt Cicero eine ver-

414) Bei Ulpianus lib. 37. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. si is qui testam. 47, 4.)

415) Bei Gajus lib. 2. Aureor. (l. 7. §. 7. D. de acqu. dom. 41, 1.)

416) Lib. 2. ex Poster. Labeonis (l. 40. §. 3. D. de condit. 35, 1.)

417) Lib. 6. Membran. (l. 41. D. de cond. ind. 12, 6.)



mittelnde Stellung ein zwischen der Behandlung jener Lehre von Seiten der griechischen Philosophie einestheils und der römischen Jurisprudenz andrerseits. Denn mit der Apprehension dieses Stoffes Seitens der römischen Jurisprudenz beginnt eine neue Phase in der Geschichte des jus naturale. Ueberblicken wir nämlich das Schicksal dieser Lehre von ihrer Entstehung an bis herab zu dem Zeitpunkte, wo das gewonnene Resultat in unwandelbarer Form für das Alterthum sich abschloß, und die sich entfaltende Wahrheit in ihrem Vervollkommnungsprocesse erstarrte, so unterscheiden wir eine doppelte Richtung, nach welcher hin das jus naturale erforscht und cultivirt ward: die speculative, wie theoretische, und die empirische, wie practische Behandlung desselben. Die erstere Richtung wendet sich aufwärts nach dem Gebiete der Abstraction: sie erforscht in einer rein oder überwiegend speculativen Weise den Begriff selbst des jus naturale, wie dessen Ursprung und höchste Voraussetzung, während der Inhalt dieses Rechtes gleich als minder beachtlicher Moment in den Hintergrund zurücktritt. Diese Richtung vornämlich vertreten die griechischen Philosophen, und wenn auch einem Theile derselben, und namentlich den Stoikern der späteren Zeit, wie einem Chrysippus und Panaetius, die Beziehung ihrer Lehre auf das practische Leben nicht fern lag, so tritt doch dieser letztere Theil ihrer Bestrebungen in den Hintergrund gegenüber der Thätigkeit, die von jenen der speculativen Begründung ihrer Doctrin gewidmet ward.

Ein größeres Gewicht dagegen gewinnt die Behandlung des Inhaltes des jus naturale bei Cicero, indem namentlich die Bücher de Officiis und vor Allem die Schrift de Legibus der Darlegung desselben, ja, was die letztere betrifft, sogar der Aufstellung eines naturrechtlichen Gesetzbuches gewidmet ist. Indem nun hierdurch ein höherer Grad der Verwandtschaft in den Bestrebungen Cicero's und der römischen Juristen begründet wird, so ergiebt sich andrerseits zugleich auch eine Gleichartigkeit in dem Standpunkte des Ersteren mit der griechischen Rechtsphilosophie daraus, daß jener, wie die Letztere die Erforschung des Begriffes von jus naturale und der damit verknüpften Beziehungen als den Ausgang und Schwerpunkt aller Forschung über dasselbe anerkannte.

Dagegen die Forschung des Inhaltes des jus naturale tritt als maaßgebend in den Vordergrund bei den römischen Juristen, indem diese, wenn gleich ihnen die Erörterung des Begriffes selbst nicht fremd war, so doch ihr Hauptaugenmerk darauf richten, die Satzungen des jus naturale darzulegen und dieses, sei es als verwirklichtes im positiven Rechte nachzuweisen, sei es als nicht verwirklichtes zu verkünden. In dieser Weise entwickeln die Juristen in einer für das tägliche Leben wohl verständlichen und geeigneten Weise den Inhalt jenes Rechtes in seinen einzelnen Postulaten, und bringen dasselbe zur concreten Anschauung, solches selbst bis auf Detailfragen herab verfolgend.

So haben die römischen Juristen ihre Bestrebungen für die speculative Begründung des jus naturale, im Vergleich namentlich mit den weitgreifenden Forschungen der Philosophie, nur auf einen geringen Raum beschränkt; allein für die fruchtbringende Anwendung und die nutzreiche Verwirklichung jenes Rechtes hat der Einzelne der Juristen wohl ein größeres Verdienst sich erworben, als Cicero und die gesammte griechische Philosophie. Zwar dürfen wir, was den ersteren Punkt betrifft, auch der römischen Jurisprudenz durchaus nicht alle Selbstständigkeit und eigene Thätigkeit absprechen, indem auch jene in ihrer speculativen Begründung des jus naturale ihren eigenen Gang nahm; wohl aber hat den römischen Juristen, soweit unser Urtheil reicht, im Allgemeinen die Originalität der speculativen Forschung gemangelt, indem dieselben sich im Wesentlichen begnügten, den von der Philosophie überlieferten Grundgedanken weiter zu verarbeiten. Hierbei aber tritt zugleich innerhalb dieser Lehre eine Meinungsverschiedenheit zu Tage, deren letzten Grund wir in einem entsprechenden Zwiespalte der griechischen Philosophie selbst zu suchen haben. Gleichwie nämlich in der Doctrin vom δίκαιον ein Auseinandergehen der Ansichten insofern sich offenbarte, daß Pythagoras und Empedocles dies Recht als ein allen lebenden Wesen, den Menschen mit den Thieren gemeinsames auffaßten, während die meisten übrigen Philosophen dasselbe dem Menschen allein vindicirten (vergl. §. 34.); gleichwie ferner auch in der Anschauungsweise der Römer, wie solche auf dem Gebiete der Wissenschaft und Dichtkunst sich kund gab, jene Duplicität der Auffassung sich geltend machte (vergl. §. 47 u. 50.);

so begegnen wir auch unter den Koryphäen der Jurisprudenz jener zwiefältigen Lehre vom jus naturale, als deren Vertreter wir einerseits Gajus, Paulus und Marcianus, andrerseits Ulpianus auffassen.

§. 53.

Lex naturae.

A. Nach Gajus und Paulus*).

Die unterscheidende Selbstständigkeit jedes Dinges und Wesens beruht auf seiner wesentlichen Bestimmung, wie auf seinen Eigenheiten und Besonderheiten, somit auf dem ihm eigenthümlichen Character im weitesten Sinne. Die Summe solcher bestimmenden Merkmale bildet die natura des Dinges oder Wesens, und wird im Allgemeinen als natura rerum oder natura bezeichnet. Eine solche natura kommt jedem Ding- oder Wesen-Individuum zu und scheidet sich dann von dessen materia oder Substanz; sie wird aber auch einer ganzen Art, wie Gattung von Existenzien beigelegt, und dann von der qualitas unterschieden, als dem Inbegriffe der besonderen Eigenschaften, die dem Individuum innerhalb der natura einer Classe zukommen [418]). So giebt es eine natura hominum [419]), wie animalium [420]), wie auch eine natura der unbelebten Dinge [421]), innerhalb deren dann wieder die natura der Individuen und der Species geschieden werden.

Allein der Begriff der natura wird noch über diesen Umfang hinaus erweitert. Aus der Wechselbeziehung der Menschen zu einander ergeben sich nämlich bestimmte Verhältnisse, und, indem man dieselben je als ein abgeschlossenes Ganze für sich und abgelöst von ihren Trägern in ihren Eigenthümlichkeiten in's Auge faßt, so stellen sich diese Verhältnisse in einer ge-

*) Neben Gajus und Paulus berücksichtigen wir jedoch auch diejenigen Juristen, die in ihren Lehren mit jenen übereinstimmend erscheinen.

418) Vergl. Beilage III.

419) z. B. Scaevola lib. 1. Quaest. (l. 38. D. de reb. cred. 12, 1.) Venuiejus Saturninus lib. 2. de judic. publ. (l. 12. §. 4. D. de accusat. 48, 2.), Marcian lib. 7. Inst. (l. 65. §. 3 D. de leg. III.).

420) z. B. Gajus lib. Aureor. (l. 5. §. 2. 5. 6. D. de acqu. dom. 41, 1.).

421) z. B. Paul. lib. 2. ad Vitell. (l. 78. §. 4. D. de leg. III.).

wissen Selbstständigkeit dar, in welcher ihnen dann ebenfalls eine eigne natura zukommt. So finden wir eine natura obligationis, contractus, depositi, actionis quod metus causa, servitutum, dotis[422]); ja selbst einzelnen bestimmten Kraftäußerungen des Menschen wird, im nämlichen Wege der Abstraction von ihren Urhebern, eine solche natura beigelegt und so einerseits von einer natura des Sophisma, andrerseits von einer natura der obligatorischen Leistung[423]) gesprochen.

Eine natura oder natura rerum wird sonach anerkannt in Rücksicht auf Alles, was sowohl als sinnliche Erscheinung, wie auch als Verhältniß oder Handlung der verkehrenden Menschen eine juristische Relevanz durch irgend welche rechtliche Beziehung erhält.

Die natura des Dinges wird nun entweder in der Gesammtheit der Merkmale, die sie unter sich begreift, in's Auge gefaßt; und diese Anschauungsweise liegt allenthalben da vor, wo der betrachtete Gegenstand als ein von seiner natura noch unterschiedenes besonderes Zweites in's Auge gefaßt wird; oder es wird in der natura von den Merkmalen, welche sie umfaßt, nur ein einzelnes derselben und zwar dasjenige herausgegriffen, welches vom Gesichtspunkte des Redenden aus als maaßgebend und bestimmend erscheint. Die erstere Auffassung giebt sich kund vornämlich in dem Ausdrucke natura sui[424]), die letztere aber offenbart sich insbesondere darin, daß das einzelne in's Auge gefaßte Merkmal der natura selbst als Epitheton beigelegt wird, so z. B: Natura elephantorum et camelorum fera est bei Gajus lib. 7. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. ad L. Aquil. 9, 2.); pavonum,

422) Vergl. Julianus lib. 7. Digest. (l. 32. §. 1. D. de serv. P. U. 8, 2.) und bei Ulpian lib. 11. ad Edict (l. 12. §. 2. D. quod met. c. 4, 2.); Fragm. Sext. Pompon.; Papinian bei Ulpian lib. 4. ad Edict. (l. 7. §. 5. D. de pact. 2, 14.), lib. 9. Quaest. (l. 24. D. depos. 16, 3.), lib. 27. Quaest. (l. 9. §. 1. D. de duob. reis. 45, 2.); Paulus lib. 3. ad Edict. (l. 27. §. 2. D. de pact. 2, 14.).

423) [Ulpianus lib. 67. ad Sabin. (l. 177. D. de V. S. 50, 16.): Natura cavillationis —— haec est, ut ab evidenter veris per brevissimas mutationes disputatio ad ea, quae evidenter falsa sunt, perducatur]. Paulus lib. 72. ad Edict. (l. 83. §. 5. D. de V. O. 45, 1.): Ea duntaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem.

424) Vergl. Beilage III Note 5.



columbarum fera natura; gallinarum et anserum non est fera natura bei Gajus lib. 2. Aureor. (l. 5. §. 5. 6. D. de acqu. dom. 41, 1.); nocendi natura venenorum bei Gaj. lib. 10. ad Ed. prov. (l. 35. §. 2. D. de contr. emt. 18, 1.); indivisa natura venditionis bei Venulejus lib. 6. Stipul. (l. 139. D. de V. S. 45, 1.).

Dieser natura rerum wohnt nun eine ordnende Kraft und bestimmende Regel inne, welche, weil sie in dieser Eigenschaft gesetz- und vernunftvoll wirkt und somit zur Intelligenz, zur objectiven Vernünftigkeit sich gestaltet, als ratio naturalis aufgefaßt und bezeichnet wird [424a]). Das Product dieser ratio aber ist die lex naturae, d. i. der Inbegriff derjenigen Regeln, welche aus der ratio naturalis hervorgegangen, die Beziehungen der Menschen und Dinge zum Menschen in der durch den Begriff des jus gebotenen Richtung normiren: das Gesetz somit des durch die ratio naturalis gebotenen Rechtes.

So gestaltet sich bei den römischen Juristen die ratio naturalis zu der den Rechtsverhältnissen inwohnenden ordnenden vernunftvollen Kraft, und in diesem Sinne wird daher derselben eine Macht beigemessen, welche theils in Erzeugung und Constituirung derartiger Normen [425]), theils in Erhaltung, wie in einem inneren Zwange zu Befolgung ihrer Postulate [426]) sich

424a) Wegen des Begriffes ratio s. Beilage IV.

425) Sabinus und Cassius bei Gaj. lib. 2. Aureor. (l. 7. §. 7. D. de acqu. dom. 41, 1.): naturalis ratio efficit; Gajus Inst. I, 1.: naturalis ratio constituit; I, 89. II, 69. 70.: naturali ratione fit; I, 189.: naturali rationi conveniens est; II, 66.: naturali ratione adquiruntur; II, 79.: naturalis ratio requiritur; III, 154.: societatem naturali ratione inire; lib. 7. ad Edict. prov. (l. 4. pr. D. ad l. Aquil. 9, 2.): naturalis ratio permittit; (l. 8. D. de serv. P. U. 8, 2.): naturali ratione communis est; lib. 9. ad Ed. prov. (l. 18. §. 2. D. commod. 13, 6.): naturali ratione pertinet; lib. 3. de Verb. Oblig. (l. 39. D. de neg. gest. 3, 5.): naturalis ratio suadet; lib. 2. Aureor. (l. 3. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.): ratione naturali conceditur; (l. 1. §. 9. D. de O. et A. 44, 7.): naturali ratione inutilis est; endlich dürfte dem lib. 2. Aureor. zu überweisen sein §. 2. I. de usufr. 2, 4.: naturali ratione recipiunt; vergl. §. 58. Note 470. Sodann Paulus lib. 20. ad Edict. (l. 36. §. 5. D. de her. pet. 5, 3.): naturalis ratio expostulat; lib. 1. Manual. (l. 83. D. p. soc. 17, 2.): naturali convenit rationi.

426) Gajus lib. 2. Aureor. (l. 1. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.): ratione naturali servatur; lib. 7. ad Edict. prov. (l. 2. §. 1. D. de usufr. ear. rer. 7, 5.): nec enim naturalis ratio commutari potuit.

offenbart; ja die ratio naturalis selbst wird als lex quaedam tacita aufgefaßt[427]).

Das Gesetz aber, welches aus dieser objectiven Intelligenz, als deren Product sich ergiebt, die lex naturae[428]) oder lex naturalis[429]), wird ebensowohl als Inbegriff von rechtlichen Normen im Allgemeinen, wie der ein einzelnes Rechtsinstitut insbesondere betreffenden Postulate aufgefaßt, in welchem letzteren Sinne daher Paulus, lib. 3. ad Edict. (s. Note 428.) von einer lex naturae dotis spricht.

Den Inhalt dieser lex naturae endlich bildet das jus naturale, welches somit selbst Product jener naturalis ratio ist und als solches insbesondere auch anerkannt wird von Gajus Instit. I, 1.:

Jus quod naturalis ratio constituit,

sowie lib. 2. Aureor. (l. 1 pr. D. de acqu. dom. 41, 1.):

Jus quod ratione naturali servatur.

Somit verhält sich die ratio naturalis zur lex naturae und zum jus naturale wie die constituirende Kraft zu der daraus hervorgegangenen, ordnenden Regel, während die natura selbst das Element bezeichnet, in welchem die ratio beruht, die lex und das jus herrscht. Allein die innige Verbindung der einzelnen Glieder dieser Vorstellungsreihe, ein Zurückspringen des Gedankens auf die Grundlage seiner Idee hat zur Folge gehabt, daß die römischen Juristen auch der natura selbst das productive und normative Vermögen beilegen, welches im eigentlichen Sinne nur der ratio, wie der lex und dem jus naturae zukömmt. So z. B.

Celsus lib. 17. Digest. (l. 188. § 1. D. de R. J. 50, 17.):

Quae rerum natura prohibentur.

Alfanus lib. 1. Epitom. (l. 3. D. de interd. 48, 22.):

Quae a rerum natura tribuerentur.

Gajus lib. 7. ad Edict. prov. (l. 45. D. de usufr. 7, 1.):

Sicut impendia cibariorum in servum, cujus ususfructus

---

427) Paulus lib. sing. de portionibus, quae liber. damn. conced. (l. 7. pr. D. de bon. damn. 48, 20.).

428) Paulus lib. 3. ad Edict. (l. 27. §. 2. D. de pact. 2, 14.). Daß auch in dieser Periode bei den Römern lex naturae auch im Sinne von Gesetz der physischen Natur sich vorfindet, so z. B. bei Senec. Epist. 4. 25. Declam. 13. u. a. m. bedarf keiner weiteren Bemerkung.

429) Paulus lib. 39. ad Edict. (l. 1. §. 3. D. de furt. 47, 2.).

ad aliquem pertinet, ita et valetudinis impendia ad eum respicere, natura manifestum est.

Paulus lib. 3. ad Sabin. (l. 10. D. de R. J. 50, 17.):

Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda.

lib. 33. ad Sabin. (l. 34. §. 1. D. de contr. emt. 18, 1.):

Rerum — — quas natura — — vel mores civitatis commercio exemerunt, earum nulla venditio est.

Florentinus lib. 9. Inst. (l. 4. §. 1. D. de stat. hom. 1, 5.):

Dominio alieno constra naturam subjicitur.

lib. 1. Inst. (l. 3. D. de J. et J. 1, 1.):

Inter nos cognationem quandam natura constituerit.

Vergl. auch Gajus lib. 2. Aur. (lib. 1. §. 12. D. de O. et A. 44, 7.), Papinian, lib. 29. Quaest. (l. 7. §. 1. D. si tab. test. null. 38, 6.), Paulus lib. 54. ad Sabin. (l. 3. §. 5. D. de acqu. poss. 41, 2.); ingleichen Senec. Epist. XCV: natura justum composuit, u. a. m. Ferner Labeo bei Ulpianus, lib. 37. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. si quis testam. lib. 47, 4.): natura aequum; Neratius, lib. 6. Membran. (l. 41. D. de cond. indeb. 12, 6.); natura debere; Pomponius, lib. 21. ad Sabin. (l. 14. D. eod.): natura aequum; Scaevola, lib. 1. Respons. (l. 60. D. de fidejuss. 46, 1.): natura debere; Paulus lib. 2. ad Neratium (l. 19. pr. D. de neg. gest. 3, 5.): natura debitor, lib. 3. ad Sabin. (l. 10. D. de R. J. 50, 17.), lib. 3. Quaest. (l. 84. §. 1. D. eod.): natura debere.

Nach Alle dem ist der oberste und letzte Ausgang der lex wie des jus naturae die naturalis ratio. Mit diesem Begriffe beginnen für uns die rechtsphilosophischen Systeme des Gajus und Paulus. Ob aber der Satz: es giebt eine naturalis ratio, in der That oberstes Princip für Beide war, über welches hinaus dieselben in die höheren Regionen der Speculation sich nicht gewagt haben; ob daher Beide verzichteten, den obersten Grund und die letzte Quelle dieser ratio zu erforschen, somit aber die Macht der Letzteren ihnen lediglich auf deren Character als ratio, auf deren Vernünftigkeit und auf der inneren Kraft absoluter Wahrheit beruhte, während die Existenz selbst dieser ratio, als durch Empirie bewahrheitet, eines speculativen Beweises entbehren zu können schien; — dies sind Fragen, deren Beantwor-

tung wir hier aussetzen müssen, jedoch weiterhin wieder aufnehmen werden. (Vergl. §. 62.)

§. 54.

B. Lex naturae nach Marcianus.

Von den Lehrsätzen des Gajus und Paulus über die lex naturae weicht die Doctrin des Marcian in mehrfachen Stücken wesentlich ab; denn indem der Letztere an die Dogmen der griechischen und insbesondere der stoischen Philosophie sich inniger anschloß, so trat bei ihm nicht allein eine weitere Beziehung der lex naturae selbst hervor, sondern er gelangte auch zu einer durchaus anderen Substruction jener Lehre, als Gajus und Paulus.

Marcian eröffnete nämlich sein Lehrbuch über das Rechtssystem, die libri XVI. Institutionum[430]) mit der Lehre von der lex naturae oder, wie er wahrscheinlich dieselbe nach dem Vorgange der Stoiker nannte, der lex communis, d. i des νόμος πάντων oder νόμος ὁ κοινός. Nachdem nämlich Marcian in jenem Werke eine Definition des νόμος aus Domesthen. c. Arstogit. (p. 774, 16 sq. Reisk.), welche das allgemeine Wesen eines Gesetzes darlegt, mitgetheilt hatte, ging derselbe über zum νόμος ὁ κοινός der Stoiker, rücksichtlich dessen er die Definition des Chrysipp aus περὶ νόμου wiedergiebt:

ὁ νόμος πάντων ἐστὶ βασιλεύς θείων τε καὶ ἀνθρωπίνων πραγμάτων, κ. τ. λ. (Lex communis est divinarum et humarum rerum regina[431]).

Hierin nun erscheint die lex naturae in der weitesten ihr inwohnenden Beziehung: als Gesetz des Universum, der θεῖα καὶ ἀνθρώπινα, somit weit hinaus greifend über den beschränkten Kreis des jus, und das Gebiet der φιλοσοφία in seiner Totalität umfassend, die gesammte ἀρετή und σοφία berührend.

Von hier aus geht sodann die Definition über zu dem einen jener Dreitheile der Philosophie, zur Ethik, indem der νόμος πάντων als προστάτης τῶν καλῶν καὶ τῶν αἰσχρῶν, καὶ ἄρχων καὶ ἡγεμών, als praeses et bonorum et malorum, et princeps et dux bezeichnet wird. Und gleichwie sodann innerhalb das καλόν der Stoiker das δίκαιον als dessen specieller Bestand-

430) Vergl. Beilage V.

431) Vergl. hierzu §. 27., zum Nachfolgenden §. 27. und 28.

theil sich abgränzt, so tritt auch innerhalb der ethischen Gebote des νόμος κοινός die Summe der die gegenseitigen Beziehungen der Menschen regelnden Vorschriften, d. i. das φύσει δίκαιον, besonders hervor, und mit Rücksicht auf dieses wird nun der νόμος πάντων als κανῶν τε δικαίων καὶ ἀδίκων καὶ τῶν φύσει πολιτικῶν ζώων, als regula juris et injuriae ipsorum naturali societate conjunctorum animalium characterisirt. In diesen Worten, deren Bedeutung von den Glossatoren an bis auf unsere Zeit herab völlig verkannt worden ist, ist der doppelte Gedanke enthalten, daß das Rechtsgebot des νόμος das φύσει δίκαιον enthält, und daß in Hinsicht hierauf der Mensch zum φύσει πολιτικὸν ζῷον wird; denn das φύσει δίκαιον unterwirft die gesammte Menschheit Einer, für Alle gemeinsamen Lebensregeln und begründet so eine civitas oder societas naturalis, eine φύσει πόλις, deren Bürger jeder Einzelne ist und deren staatliche Einheit von dem gesammten Menschengeschlechte getragen wird [432].

So reproducirt Marcian die Dogmen der Stoiker von der lex naturae, dem jus naturale und der societas humana, und während auf die letztere die dem Marcian eigenthümliche Lehre von einer auf dem jus naturale beruhenden, alle Menschen betreffenden communio gewisser Güter [433]) sich stützt, so führt er,

432) Vergl. §. 46. Das φύσει πολιτικόν bezeichnet das Angehören einer auf der φύσις beruhenden πόλις; in diesem Sinne nennt Nemesius de Nat. Hom. c. 1. den ἄνθρωπος ein φύσει πολιτικὸν ζῷον, und ähnlich Diogen. Laert. VII, 123. den σπουδαῖος einen κοινωνικὸς φύσει καὶ πρακτικός. In gleicher Weise bezeichnet auch bereits Aristoteles Polit. I, 1, 9. 10. III, 4, 2. Eth. Nic. VIII, 12, 7. den ἄνθρωπος als φύσει πολιτικὸν ζῷον und in Eth. Nic. I, 7, 6. als φύσει πολιτικὸς ἄνθρωπος, wozu vergl. Mor. Eudaem. VII, 10, 5. 6. Was dagegen unter der φύσει πόλις zu verstehen sei, hängt lediglich davon ab, welchen Begriff der Redende damit verbindet; in der Politik versteht Aristoteles darunter den Staat, in den Ethiken die societas hominum, und dieser Begriff, der allein bei den Stoikern und insbesondere in der obigen Stelle des Chrysipp maaßgebend sein konnte, ist in der späteren Philosophie überhaupt als der herrschende anzusehen. Cicero umschreibt den obigen Begriff in de Fin. V, 23, 66. dahin: quum sic hominis natura generata sit, ut habeat quiddam innatum quasi civile atque populare, quod Graeci πολιτικόν vocant; und giebt ihn wieder ad Att. IV, 6, 1.: es natura πολιτικός.

433) Vergl. lib. 3. Instit. (l. 2. l. 4. D. de divis. rer. 1, 8.). Diese Lehre nenne ich dem Marcian eigen, weil sie außer von ihm von keinem

abweichend von Gajus und Paulus, die lex naturae in dem weiten, von der Philosophie ihr gegebenen Umfange in die Speculation der römischen Jurisprudenz ein, in jenem Umfange nämlich, der die lex naturae und das jus naturale nicht als congruent, vielmehr das Letztere als einen einzelnen Bestandtheil der Gebote der Ersteren erscheinen läßt.

Allein auch in noch weiteren Stücken weicht Marcian von der Lehre des Gajus und Paulus ab, an die Dogmen der Stoa sich anschließend. Nach den Stoikern durchdringt Gott selbst als geistiger Hauch das Universum (die Natur i. d. S.) als dessen Seele, dessen Lebenskraft, wie zugleich auch als dessen Geist und Gesetz. Daher wohnt zwar der Natur eine Intelligenz inne, allein nicht der natura rerum im Sinne des Gajus und Paulus, sondern der natura, als der Gesammtheit des Erschaffenen; daher ist ferner diese Intelligenz nicht eine der Natur eigene objective Vernunftmäßigkeit, sondern sie kommt der Natur zu nur in der Weise, wie die Vernunft dem einzelnen Menschen eigen ist, als Vermögen seines Geistes; daher ist endlich diese der Natur inwohnende ratio nicht eine von dem νόμος unterschiedene Potenz, vielmehr ist der νόμος ebensowohl Product Gottes und Ausfluß seiner ratio, wie er gleichzeitig auch die ratio selbst ist. (Vergl. §. 27. und 62.)

Diese Dogmen der stoischen Lehre geben sich aber bei Marcian in der doppelten Modalität kund, daß einmal der-

---

anderen Juristen in unseren Quellen vorgetragen wird. Denn wenn bezüglich der Objecte, welche Marcian als communia omnium bezeichnet, Gajus lib. 2. Aureor. (l. 5. pr. D. de D. R. 1, 8.) sagt: [eorum] usus publicus est jure gentium, oder Paulus lib. 21. ad Edict. (l. 51. D. de contr. emt. 18, 1.): jure gentium omnibus vacant, oder Scaevola lib. 5. Respons. (l. 4. D. ne quid in loc. 43, 8.): jure gentium aedificare licet, so ist dies zwar im Resultat das Nämliche, allein die Vorstellung, die diesen Aussprüchen zu Grunde liegt, ist eben eine vollständig verschiedene, und dies ist, was wir als bedeutungsvollen Moment hervorheben und als Resultat der philosophischen Grundansichten der betreffenden Juristen darlegen wollen. Nur Celsus verräth eine höhere Verwandtschaft in der Anschauungsweise mit Marcian, wenn er lib. 39. Digest. (l. 3. §. 1. D. ne quid in loc. 43, 8.) sagt: communis usus [rerum] omnibus hominibus [est]. Vergl. auch Cic. Orat. 30, 107.: Quid enim tam commune quam spiritus vivis, terra mortuis, mare fluctuantibus, litus ejectis?

selbe die lex und das jus naturale für Vorschriften Gottes erklärt:

πᾶς ἐστὶ νόμος εὕρημα μὲν καὶ δῶρον θεοῦ (omnis lex inventum ac munus Dei est, in l. 2. D. de legg. 1, 3. aus Demosthenes, s. oben)[434];

Naturalia quidem jura — — divina quadam providentia constituta (in §. 11. J. de J. N. 1, 2.);

sowie daß andrerseits derselbe das jus naturale auf die ratio naturalis als rechtsproducirende Kraft zurückzuführen nicht nöthig hat, ja, wie es scheint, eine solche ratio naturalis überhaupt gar nicht anerkennt[435].

Hieraus allenthalben ergiebt sich eine wesentliche Verschiedenheit in der Lehre des Marcian einerseits, und des Gajus, Paulus und, wie wir finden werden, des Ulpianus andrerseits: dem Marcian ist die lex communis ein Ausfluß und Gebot Gottes und selbst eine ratio; dem Gajus und Paulus beruht die lex naturae auf der ratio naturalis und diese selbst ist eine der natura der Dinge immanente, vernunftmäßig ordnende Kraft, eine objective Vernünftigkeit.

Allein diese Verschiedenheit der Lehrsätze betrifft auch nur die Grundlage der lex naturae, indem in der Auffassung des jus naturale, also des Inhaltes der lex naturae, zwischen Marcian, Gajus und Paulus vollkommene Uebereinstimmung herrscht und erst an dem Punkte wieder ein Zwiespalt zu Tage tritt, wo die practische Bedeutug des jus naturale in Frage kömmt.

§. 55.

Jus naturale des Gajus, Paulus und Marcian*).

Das jus naturale[436]), von Marcian auch jura natura-

---

434) Papinian in seiner Uebersetzung jener Stelle des Demosthenes in lib. 1. Defin. (l. 1. D. de legg. 1, 3.) läßt, was bemerkenswerth erscheint, diesen Theil derselben weg.

435) Vergl. §. 82. 87. Note 603.

*) Auch hier ziehen wir alle übrigen Juristen, insoweit sie mit den Genannten übereinstimmend erscheinen, in Betracht.

436) Gajus, Inst. II, 65. 73., lib. 25. ad Edict. (l. 2. D. de superfic. 43, 18.); Marcianus lib. 1. Instit. (§. 2. J. de J. N. 1, 2.), lib. 3. Inst. (l. 2. D. de D. R. 1, 8.); Paulus lib. 14. ad Sabin. (l. 11. D. de J.

lia [437]), von Pomponius jus naturae [438]), von Modestin τὸ φύσει δίκαιον [439]), auch natura schlechthin [440]) genannt, ist der Inbegriff der durch die lex naturae gegebenen Vorschriften. Das Subject, welches das jus naturale bindet, ist der Mensch, und die Rechte des Letzteren, welche auf dem jus naturale beruhen, bilden das naturale jus [441]) oder die naturalia jura [442]) des Menschen, welche auch mitunter durch sachliche Benennungen besonders bezeichnet werden, z. B. als jus sanguinis, cognationis und ähnlich [443]).

Als eine Regel, die aus höherer Quelle letzter Wahrheit fließt, erscheint das jus naturale als die absolute Wahrheit auf dem Gebiete des jus, daher die speculative Consequenz dasselbe als eine für alle Menschen [444]) gleichmäßig gesetzte Regel an-

et J. 1, 1.), lib. 35. ad Edict. (l. 14. §. 2. D. de R. N. 23, 2.); auch Tryphoninus lib. 7. Disput. (l. 64. D. de cond. indeb. 12, 6.), lib. 9. Disput. (l. 31. pr. D. depos. 16, 3.); Florentinus lib. 6. Inst. (l. 3. D. de D. R. 1, 8.); Licinius Rufinus lib. 8. Regul. (l. 59. D. de O. et A. 44, 7.); Modestinus lib. 12. Pandect. (l. 4. §. 2. D. de grad. 38, 10.).

437) lib. 1. Inst. (§. 11. J. de J. N. 1, 2.).

438) lib. 9. ex var. lection. (l. 206. D. de R. J. 50, 17.). So auch bei Gellius N. A. VII, 3. Auch jus naturae kommt im Sinne von: Einrichtung und Gesetz der physischen Natur vor; so bei Sallust. fr. inc. 17. Gerl.: vita et mors jura naturae sunt.

439) lib. 4. Excusat. (l. 13. §. 7. D. de excus. 27, 1.).

440) Vergl. §. 53. Bei Marcian kommt jedoch natura in diesem Sinne nicht vor.

441) Paulus lib. 2. ad Sabin. (lib. 4. D. si tab. testam. 38, 6.) für das auf der leiblichen Kindschaft beruhende Recht zur Bon. Poss.

442) Gaj. Inst. I, 158. für die auf der Cognation beruhenden Rechte; lib. 4. ad Edict. (l. 8. D. de cap. min. 4, 5.) für die durch obligationes naturales begründeten Forderungsrechte; Papinian lib. 12. Quaest. bei Ulpian lib. 40. ad Edict. (l. 8. §. 7. D. de B. P. c. tab. 37, 4.) für die durch leibliche Kindschaft begründeten Rechte. In gleichem Sinne findet sich naturalia jura in §. 11. J. de hered. quae ab int. 3, 1., bezüglich dessen jedoch ungewiß ist, aus welchem Werke er excerpirt ist.

443) Jus sanguinis, oppos. jus agnationis bei Paulus lib. 35. ad Edict. (l. 23. D. de adopt. 1, 7.); jura sanguinis oppos. jus civile bei Pompon. lib. 4. ad Sabin. (l. 8. D. de R. J. 50, 17.); cognationis jus, gleich jus naturale, oppos. agnationis jus bei Gaj. I, 158. u. öfter.

444) In der That aber auch für alle Menschen, nicht bloß für die freien Menschen, daher auch der Sclave Rechtssubject das jus naturale war. Dies

erkennt. In diesem Satze selbst aber liegt eine Mehrheit weiterer speculativer Consequenzen verhüllt, die namentlich in den vier Positionen sich offenbaren, daß in potentia das jus naturale theils für alle Menschen gemeinsam, theils bei allen Völkern, theils zu allen Zeiten gültig ist, theils endlich daß es mit der dem Menschen eigenen Rechtsüberzeugung, jener inneren Stimme subjectiver Gerechtigkeit, mit der aequitas, in vollkommener Harmonie stehe. Die ersten drei dieser speculativen Consequenzen treten vornämlich hervor bei Gajus in Instit. I, 1.:

jus, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur [445]);

---

ergiebt sich z. B. bezüglich Gajus aus der Extension der naturalis obligatio auf den Sclaven, so Inst. 3, 119.: ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adjiciatur (fidejussor), adeo quidem, ut pro servo quoque obligatur, sive extraneus sit, qui a servo fidejussorem accipiat, sive dominus in id, quod sibi debeatur; wozu vergl. lib. 1. de Verb. Oblig. (l. 70. §. 3. D. de fidej. 46, 1.); bezüglich Marcian und Cons. (Vergl. §. 89.) siehe Tryphonin. lib. 7. Disp. (l. 64. D. de cond. indeb. 12, 6.): Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans, se aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. Ut enim — —, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est; Marcian lib. 1. Inst. (§. 2. J. de J. N. 1, 2.): jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur; vergl. auch Florentinus lib. 9. Inst. (l. 4. D. de stat. 1, 5.); wegen Paulus s. lib. 10. ad Sabin. (l. 13. pr. D. de cond. indeb. 12, 6.): naturaliter enim servus obligatur; wozu vergl. lib. 2. ad Plaut. (l. 35. D. de fidej. 46, 1.), lib. 15. Quaest. (l. 56. §. 1. D. eod.); ferner lib. 35. ad Edict. (l. 14. §. 2. 3. D. de R. N. 23, 2.): Serviles quoque cognationes hoc jure observandae sunt. Igitur matrem suam manumissus non ducet uxorem; tantundum juris est et in sorore et in sororis filia. Idem e contrario dicendum est, ut pater filiam non possit ducere, — — quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est. — — Idem tamen quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus affinitatibus servandum est, veluti etc.; wozu vergl. lib. sing. de gradib. et affin. et nomin. eor. (l. 10. §. 4. 5. D. de grad. 38, 10.); vergl. endlich Africanus lib. 7. Quaest. (l. 21. §. 2. D. de fidej. 46, 1.), Pomponius lib. 22. ad Sabin. (l. 2. D. eod.), Scaevola lib. 3. Respons. (l. 88. §. 12. D. de leg. II.), u. a. m.

445) Vergl. auch Quint. J. O. XII, 2, 3.: leges quae natura sunt omnibus datae in Verbindung mit dem oben im §. 47. bei Note 351, 352. Bemerkten.

sowie in lib. 2. Aureor. (l. 1. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.):

jus, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, und: antiquius jus cum ipso genere humano proditum est;

ingleichen in Inst. 1, 189.:

Impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatium jure contingit, quia et naturali rationi conveniens est;

nicht minder bei Marcian in lib. 1. Instit. in der Characterisirung der lex communis (Vergl. §. 54), sowie:

Naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent; (§. 11. I. de J. N. 1, 2.);

dagegen die vierte jener Consequenzen stellt besonders in den Vordergrund Paulus, lib. 4. ad Sabin. (l. 11. D. de J. etc. 1, 1.):

Quod semper aequum et bonum est, jus dicitur, ut est jus naturale.

So sind es gerade diese aus dem Wesen des jus naturale sich ergebenden Folgesätze, welche mit einem gewissen Nachdrucke von den Juristen betont, ja gegenüber dem Grundwesen desselben in so bedeutungsvoller Weise hervorgehoben werden, daß wir lediglich mit Rücksicht hierauf schon den römischen Juristen den Vorwurf machen dürfen, gegenüber den constitutiven Merkmalen des Begriffes zu viel Gewicht auf die consecutiven Merkmale gelegt zu haben, — eine Thatsache, welche, ganz an und für sich betrachtet, daraus sich erklärt, daß gerade die folgemäßigen Merkmale der Begriffe es sind, welche anschaulicher, somit auch früher, bestimmter und deutlicher in das Bewußtsein treten, als die grundwesentlichen Merkmale. Gerade in jener Erscheinung aber haben wir die primäre Ursache jener zahlreichen Irrthümer zu erblicken, denen wir in der weiteren Darlegung dieser Lehre der römischen Juristen begegnen werden. Die secundäre Ursache dieser Irrthümer aber, oder vielmehr der erste entscheidende Irrthum selbst schon offenbart sich gleichfalls bereits in obiger Beziehung darin, daß die römischen Juristen, jedoch mit anerkennenswerther Ausnahme von Marcianus, die ersten beiden der hervorgehobenen vier Merkmale nicht als rein speculative und potentielle auffassen, welche lediglich einen Beruf und eine Aufgabe des jus naturale bezeichnen, sondern denselben eine em-

pirische und actuelle Bedeutung unterschieben, somit aber dem jus naturale jene Merkmale als Criterien beilegen, welche diesem gleich einem historischen und empirischen Rechte thatsächlich und wirklich zukommen.

Das jus naturale selbst wird aber erkannt aus der natura rerum; denn die natura der Dinge, Wesen und Verhältnisse birgt nach Gajus und Paulus den Keim des geregelten Ganges der Dinge und die Kraft, welche die gesetzvolle Ordnung und den Frieden der menschlichen Zustände begründet; und sie gerade wird auch von Marcian als das Medium anerkannt, durch welches Gott sein ewiges Gesetz der Harmonie des Universum dem Menschen offenbart. So muß die Erkenntniß des jus naturale von einer Erforschung der natura rerum ausgehen, um aus deren Anschauung zur Kenntniß der Regeln zu gelangen, die als ordnendes Gesetz in ihr obwalten. Diese Forschung selbst aber hat hierbei eine dreifache Richtung zu verfolgen, je nach den Gegenständen, die für ihre Zwecke in Betracht kommen: vor allen der Mensch selbst, als der Mittelpunkt und Träger des Rechtes; sodann die Sache, welche vom Rechte des Menschen ergriffen wird; endlich die Beziehungen an und für sich, in welche zum Menschen der Mensch, wie die Sache tritt, also das für das jus relevante Verhältniß an sich. So bieten sich die natura des Menschen, der Sache und des rechtlichen Verhältnisses als das dreifaltige Vehikel des jus naturale dar.

Die hierdurch bedingte dreifache Beziehung der Forschung wird nun auch von den römischen Juristen in wohlbewußter Weise anerkannt; denn wenn auch selbstverständlich in den meisten Fällen, wo ein Gesetz des jus naturale dargelegt wird, die Fundirung desselben auf die natura der Dinge nicht namentlich oder nur mittelbar in den Worten [446]) selbst hervortritt, anderntheils aber auch in Fällen, wo letzteres geschieht, nur auf die natura im Allgemeinen Bezug genommen wird [447]), so begegnen wir doch

---

446) So z. B. bei Sabinus et Cassius bei Gaj. lib. 2. Aur. (l. 7. §. 7. D. de acqu. dom. 41, 1.): Naturalem rationem efficere —, ut, qui materiae dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus sit, quia sine materia nulla species effici possit; u. ö.

447) So z. B. von Javolenus lib. 1. Epist. (l. 23. §. 2. D. de acqu. poss. 41, 2.): Quaero: si vinxero liberum hominem, ita ut eum possi-

auch auf der anderen Seite einer großen Anzahl von Stellen, in denen in der That die Bezugnahme auf die natura jener drei Objecte der Reflexion ausgesprochen wird, obwohl auch in solchem Falle in der Regel nur die natura desjenigen Objectes in den Vordergrund gestellt wird, welches je nach der Anschauung des betreffenden Juristen bei der obschwebenden Frage gerade maaßgebend erscheint. So finden wir die natura hominis besonders hervorgehoben von: Marcianus lib. 7. Instit. (l. 65. §. 3. D. de Leg. III.):

> Ornatricibus legatis, Celsus scripsit, eas, quae duos tantum menses apud magistrum fuerint, legato non cedere; alii et has cedere, ne necesse sit, nullam cedere, quum omnes adhuc discere possint et omne artificium incrementum recipiat. Quod magis obtinere debet, quia humanae naturae congruum est;

gleichermaaßen von Scaevola lib. 1. Quaest. (l. 38. D. de reb. cred. 12, 1.):

> Respiciendum enim est, an, quantum in natura hominum sit, possit sciri, eam debitum iri;

von Venulejus Saturninus lib. 2. de judic. publ. (l. 12. §. 4. D. de accus. 48, 2.):

> Quum natura est communis (liberorum et servorum), similiter (atque in liberos) et in eos (sc. servos) animadvertatur.

Die natura des Dinges tritt vornämlich in den Vordergrund bei Gajus, so z. B. lib. 2. Aureor. (l. 5. §. 2. §. 6. D. de acqu. dom. 41, 1.):

> Apium — natura fera est. Itaque quae in arbore nostra consederint, antequam a nobis alveo concludantur, non magis nostrae esse intelliguntur, quam volucres, quae in nostra arbore nidum fecerint;

deam, an omnia, quae is possidebat, ego possideam per illum? Respondi: si vinxeris hominem liberum, eum te possidere non puto; quod quum ita se habeat, multo minus per illum res ejus a te possidebuntur; neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possim, quem civiliter in mea potestate non habeo. Paulus lib. 54. ad Edict. (l. 3. §. 5. D. de poss. acquiv. 41, 2.): Plures eandem rem in solidum possidere non possunt, quippe contra naturam est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.

Gallinarum et anserum non est fera natura; — — Itaque si quolibet modo anseres mei et gallinae meae turbati turbataeve adeo longius evolaverint, ut ignoremus, ubi sint, tamen nihilominus in nostro dominio tenentur. Qua de causa furti nobis tenebitur, qui quid eorum lucrandi animo apprehenderit;

und lib. 10. ad Edict. prov. (l. 35. §. 2. D. de contr. emt. 18, 1.):

Veneni mali quidam putant non contrahi emtionem, quia nec societas aut mandatum flagitiosae rei ullas vires habeat. Quae sententia potest sane vera videri de his, quae nullo modo, adjectione alterius materiae, usui nobis esse possunt; de his vero, quae mixta aliis materiis adeo nocendi naturam deponunt, ut ex his antidoti et alia quaedam salubria medicamenta conficiantur, aliud dici potest.

Vergl. auch Instit. II, 66. sq. III, 194. und lib. 2. Aureor (l. 1. §. 1. l. 3. 5. 7. 9. pr. — §. 2. D. de acqu. dom. 41, 1.), lib. 7. ad Edict. prov. (l. 2. §. 2. D. ad l. Aquil. 9, 2.); ingleichen bei Paulus lib. 2. ad Vitell. (l. 78. §. 4. D. de Leg. III.):

Illud fortasse quaeriturus sit aliquis, cur argenti appellatione etiam factum argentum comprehendatur, quum si marmor legatum esset, nihil praeter rudem materiam demonstratum videri posset. Cujus haec ratio traditur, quippe ea, quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa, nunquam vires ejus effugiant;

und lib. 12. ad Sabin. (l. 2. §. 1. D. de V. O. 45, 1.):

Quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur, quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam, iter, actum stipulamur; quaedam partis quidem dationem natura sui recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor aut lancem aut quodlibet vas.

Vergl. auch l. 72. ad Edict. (l. 83. §. 5. D. eod.) So auch bei Celsus lib. 18. Dig. (Collat. XII, VII, §. 10.), Pomponius lib. 34. ad Sabin. (l. 30. §. 2. D. de acqu. dom. 41, 1.) u. a. m.

Endlich die natura der Verhältnisse an sich findet sich hervorgehoben von Paulus und anderen Juristen (vergl. §. 53

Note 423); so von Paulus lib. 13. ad Plautium (l. 13. D. de usu et usufr. leg. 33, 2.):

Cum ususfructus alternis annis legatur, non unum, sed plura legata sunt. Aliud est in servitute aquae et viae; viae enim servitus una est, quia natura sui habet intermissionem;

sowie lib. 34. ad Edict. (l. 22. §. 3. D. locat. 19, 2.):

Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere; ita in locationibus quoque et conductionibus idem juris est.

Vergl. auch Sabinus bei Ulpian lib. 25. ad Sabin. (l. 6. §. 1. D. de pec. leg. 33, 8.), Julianus lib. 7. Dig. (l. 32. §. 1. D. de Serv. P. U. 8, 2.), Papinian lib. 9. Quaest. (l. 24. D. depos. 16, 3.), lib. 27. Quaest. (l. 9. §. 1. D. de duob. reis. 45, 2.), Paulus lib. 7. ad Sabin. (l. 16. D. de furt. 47, 2.), u. a. m.

So wird in wohlbewußter Weise aus der natura rerum, und insbesondere aus der natura der Menschen, Sachen und Verhältnisse von den römischen Juristen das jus naturale erforscht, erkannt und dargelegt, und so das römische Recht zu einer Vollendung emporgeführt, die bis zum heutigen Tage noch unübertroffen ist. Die Gesetze selbst aber, zu deren Erkenntniß man auf diesem Wege gelangte, sind wie alle Rechtssätze verschiedenen Wesens: bald ganz speciellen, bald mehr, bald minder generellen Characters. Ihre weitere Berücksichtigung fällt dem §. 61 anheim, wo wir diese Elemente des jus naturale näher erörtern werden; für jetzt dagegen, wo wir die Manipulation selbst der römischen Juristen in's Auge fassen, mag lediglich die Bemerkung Platz finden, wie die aus der natura rerum entwickelten Postulate generellen Characters wiederum als Hebel dienten, um die specielleren Gebote der lex naturae zu erforschen. So lautet z. B. eines jener generellsten Gebote des jus naturale nach Pomponius lib. 9. ex var. lection. (l. 206. D. de R. J. 50, 17.):

Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem,

und auf dieses Postulat stützt sich sodann als dessen Consequenz der von Paulus lib. 3. ad Sabin. (l. 10. D. de R. J. 15, 17.) ausgesprochene Satz:

Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda,

sowie das von demselben in lib. 39. ad Edict. (l. 1. §. 3. D. de furt. 47, 2.) verkündete Gesetz:

furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, — — quod lege naturali prohibitum est admittere.

In dieser Weise erheben sich diese generellen Sätze des jus naturale zu Principien, nach denen, als den leitenden Gesichtspunkten, die naturae der Menschen, Dinge und Verhältnisse in ihren Beziehungen zu dem Menschen in Betracht gezogen und abgeschätzt, und die einzelnen Gebote des jus naturale erforscht und dargelegt werden.

§. 56.

Lex naturae und jus naturale Ulpian's.

Die Erkenntniß der Lehrsätze Ulpian's bezüglich des jus naturale ist mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft, weil zu den mannichfachen Mängeln jener Lehre, denen wir auch bei anderen Juristen begegnen, noch andere dem System Ulpian's besondere Dunkelheiten und Unklarheiten sich gesellen. Das jedoch vermögen wir deutlich zu erkennen und mit Bestimmtheit auszusprechen, daß Ulpian das jus naturale, wie wir solches bei Gajus, Paulus und Marcian vorgefunden haben, in einen doppelten Bestandtheil zerlegte, sowie daß er dieser Eintheilung scheinbar eine practische Bedeutung verlieh, indem er der einen Parthie dieses jus naturale die Herrschaft über alle lebenden Wesen beilegte, während er die Rechtsfähigkeit gegenüber dem anderen Theile desselben auf den Menschen allein beschränkte. Um nun die specielleren Punkte dieser Lehre festzustellen, schlagen wir den Weg ein, daß wir zunächst die Gränzen desjenigen Theiles des jus naturale bestimmen, dessen Empfänglichkeit allen lebenden Wesen gemein ist. Von hier aus zu dem anderen Theile des jus naturale übergehend, wird es leichter, auch dessen Wesen genauer zu begränzen, und so den leitenden Grundbegriff zu erkennen, der das jus naturale in seiner Totalität beherrscht.

Das allen lebenden Wesen gemeinsame jus naturale wird von Ulpian lib. 1. Instit. (l. 1. §. 3. D. de J. et J. 1, 1.) ex professo jus naturale genannt und folgender Maaßen characterisirt:

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris et feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus enim cetera quoque animalia, feras etiam istius juris peritia censeri.

Hierin wird ein zwiefaches Merkmal dieses jus naturale angegeben: daß es auf einem Gebote der Natur beruht, und daß es allen lebenden Wesen, in welchem der drei belebten Elemente sie auch immer existiren, gemeinsam ist. Als drittes Merkmal dieses Rechtes setzt Ulpian stillschweigend, aber mit innerer Nothwendigkeit voraus, daß jenes jus naturale auf ein allen seinen Rechtssubjecten gemeinsames Merkmal des Organismus sich stützt, weil die Gemeinsamkeit der Organisation unabweisbare Vorbedingung einer Gemeinschaft des Rechtes ist. Fassen wir nun zunächst dieses letztere Merkmal in's Auge, so kann jene Gemeinsamkeit des Organismus ebensowohl in der physischen, wie psychischen Constitution beruhen. Das erstere dieser beiden Fundamente scheint vorausgesetzt bei dem einen der gegebenen Beispiele, der liberorum procreatio, insofern wir darunter lediglich den Geburtsact an sich verstehen. Dann erscheint dieser Act als Rechtsgeschäft in eben der Weise, wie das krank Werden und Sterben, während der Hunger und Durst als Rechtsverhältnisse sich darstellen, und dann entspricht der lex naturae, als dem Naturgesetze, das jus naturale, als die Norm, nach der die Naturgesetze selbst in der physischen Constitution der Naturgeschöpfe sich offenbaren, daher wir consequenter Weise sogar ein gleiches jus naturale der unbelebten Natur anzunehmen berechtigt sein würden.

Diese Auffassung kann aus einigen Stellen des Ulpian's entnommen werden, allein aus inneren Gründen haben wir derselben eine Unwahrscheinlichkeit entgegenzustellen. Denn theils weisen die anderen beiden jener von Ulpian gegebenen Beispiele des jus naturale, die maris et feminae conjunctio und die educatio liberorum, auf ein anderes Fundament hin, während auch die liberorum procreatio eine andere Erklärung zuläßt, als die Beziehung auf den rein mechanischen Geburtsact; theils bietet

die antike Psychologie ein geeigneteres und, namentlich mit Rücksicht auf jene ersteren beiden Beispiele, näher liegendes derartiges Fundament; theils endlich haben wir rücksichtlich eines Mannes, wie Ulpian, eines der Koryphäen der Jurisprudenz, die Annahme als ungeeignet zu verwerfen, daß auf den corpus des Geschöpfes das jus naturale sich stütze.

Zuvörderst den zweiten dieser drei Momente betreffend, so glaube ich eine Verwandtschaft dieser Lehre Ulpian's mit den psychologischen Dogmen Cicero's annehmen zu dürfen. Nach dem vom Letzteren angenommenen, den Stoikern entlehnten Systeme [448]) besteht nämlich der Mensch aus corpus und animus, und der Letztere wiederum umfaßt die doppelte Kraft der ratio und des sensus, deren Erstere sich als ratio oder cogitatio, deren Letztere sich als appetitus kundgiebt. Auf dieser Organisation des menschlichen Geistes beruht aber seine Stellung in der Rangordnung der geistigen Wesen [449]): zwischen Gott und dem Thiere; denn die ratio hat er mit jenem gemein und sie begründet eine communio zwischen ihm und Gott; dagegen den sensus theilt er mit dem Thiere und darauf beruht seine communio mit diesem. Während nun auf die ratio die Empfänglichkeit des Menschen für das jus naturale sich stützt, so beruhen auf dem sensus die demselben mit dem Thiere gemeinen instinctiven Regungen des appetitus, unter welche Cicero namentlich folgende rechnet:

1. conjunctionis appetitus procreandi causa; de Offic. I, 4. 17, 54.

448) Vergl. §. 36 und dazu Cic. de Inv. I, 24, 34. 35.: Naturam ipsam definire difficile est; partes autem ejus enumerare eas, quarum indigemus ad hanc praeceptionem, facilius est. Eae autem partim divino, partim mortali in genere versantur. Mortalium autem pars in hominum, pars in bestiarum genere numeratur.

449) In de N. D. II, 12, 33. — 13, 34. stellt Cicero eine vierfache Rangordnung der Geschöpfe überhaupt auf: der Pflanzen (quibus natura nihil tribuit amplius, quam ut ea salendo atque augendo tueretur), der Thiere (quibus sensum et motum dedit [vergl. auch de Fin. V, 14, 40.] et cum quodam adpetitu accessum ad res salutares, a pestiferis recessum), des Menschen (cui addidit rationem) und Gottes (cui innascitur ratio recta constansque). Die nämliche Gradation giebt auch Senec. Epist. 124.

2. cura quaedam eorum, quae procreata sunt; de Offic. I, 4.
3. ut se, vitam, corpusque tueatur (genus animantium omne) declinetque ea quae nocitura videntur; de Offic. I, 4. p. Mil. 11, 30. de Fin. IV, 11, 27. V, 9, 24. de N. D. II, 48. ex.

Diese Lehre Cicero's, welche im Alterthume vielseitigen Beifall fand und namentlich von Seneca in ihren einzelnen Sätzen mannichfach erörtert und weiter ausgeführt ward [450]), kann auch dem Ulpian nicht unbekannt geblieben sein, vielmehr ist sie wahrscheinlich von diesem als Fundament des jus naturale in der Weise benutzt worden, daß derselbe in dem allen lebenden Wesen gemeinsamen Bestandtheile des animus, den sensus [451]), dem Instincte, die Grundlage für das animalische jus naturale anerkannte und dessen Kundgebungen, den appetitus, durch dieses Recht normirt werden ließ.

Diese Annahme erhält eine wesentliche Unterstützung dadurch,

450) Vergl. namentlich Epist. 76. 121. 124. de Ira I, 5., wozu Epist. 58. 66. 92. So auch Sallust. Cat. 1.: Nostra omnis vis in animo et corpore sita est: animi imperio, corporis servitio magis utimur; alterum nobis cum Diis, alterum cum belluis commune est.

451) In lib. 18. ad Edict. (l. 1. §. 3. D. si quadrup. 9, 1.) sagt Ulpian: nec enim potest animal injuriam fecisse, quod sensu caret; daß hier unter sensus nicht das den appetitus erzeugende Vermögen des Geistes zu verstehen sei, wird allgemein anerkannt, vielmehr ist man geneigt sensus als Bezeichnung der ratio aufzufassen. So vollkommen diese Deutung mit unserer eigenen obigen Ansicht harmonirt, so halte ich sie doch für falsch, indem ich glaube, daß in obiger Stelle sensus in der Bedeutung von: Sinn für Etwas, Empfänglichkeit, Bewußtsein, stehe. Diese Bedeutung, welche sehr deutlich hervortritt bei Senec. Epist. 121. hat sensus auch bei Ulpian lib. 33. ad Edict. (l. 22. §. 7. D. solut. matrim. 24, 3.), sowie bei Paulus lib. 15. ad Sabin. (l. 32. §. 2. D. de acquir. poss. 41, 2.), und sie wohnt auch dem Zeitworte sentire bei Pomponius lib. 6. ad Sabin. (l. 8. §. 2. D. de opt. vel elect. 33, 5.) inne. Anstatt sensus sagt Seneca in einer Parallelstelle zu Ulpian in de Ira II, 26.: Irasci dementis est — — mutis animalibus, quia nulla est injuria, nisi a consilio profecta; nocere itaque nobis possunt, ut ferrum aut lapis, injuriam quidem facere non possunt. — Ueber der Eintheilung der animalia in Thiere und Menschen steht die Eintheilung in animalia und ea quae anima carent, die sich bei Ulpian vorfindet in lib. 16. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. de R. V. 6, 1.) und lib. 53. ad Edict. (l. 7. §. 1. D. de damn. inf. 39, 2.).

daß Ulpian diejenigen Erscheinungen, welche Cicero als Kundgebungen des appetitus hinstellt, für Rechtsverhältnisse des animalischen jus naturale erklärt, indem der cura quaedam eorum, quae procreata sunt des Cicero die educatio bei Ulpian, dem conjunctionis appetitus procreandi causa die maris atque feminae conjunctio, dem vitam corpusque tueri das als jus natura comparatum bezeichnete vim vi repellere licere des Ulpian [452]) entspricht, während dessen liberorum procreatio entweder in der Weise sich auffassen läßt, daß damit die auf leiblicher Kindschaft beruhenden Verhältnisse bezeichnet und als das Generelle der hervorgehobenen specielleren Beziehung, nämlich der liberorum educatio vorangestellt sein sollen [453]), oder in der Weise, daß das Moment, was Cicero als Zweck der Vereinigung der Geschlechter in einer abhängigen Wortverbindung (procreandi causa) hinstellt, von Ulpian einerseits in Nachahmung seines Vorgängers, andrerseits mit einer übel angewandten Selbstständigkeit in subjectivischer Construction beigefügt wird. Vornämlich wird aber unsere obige Annahme von der Begründung, welche Ulpian seinem animalischen jus naturale gab, durch die Rücksicht geboten, daß wir allein auf diesem Wege jenem jus naturale einen Sinn abgewinnen können, der wenigstens in möglichst vollkommener Maaße den Anforderungen der Vernunftmäßigkeit entspricht, die wir mit Rücksicht auf den Standpunkt der antiken Psychologie an einen Mann von Ulpians Bedeutung zu erheben nicht allein berechtigt, sondern auch verpflichtet sind. Endlich liegt aber auch ein weiterer Moment für die Richtigkeit unserer Auffassung dieses jus naturale Ulpians darin, daß Isidor von Sevilla, der bei seinen Etymologiae höchst wahrscheinlich auch die Institutionen Ulpian's benutzte und diesfalls die Lehre vom jus naturale aus diesem Werke schöpfte [454]), in Orig. V, 4, 1. das jus na-

---

452) Lib. 69. ad Edict. (l. 1. §. 27. D. de vi 43, 16.).

453) Dies halte ich für das Wahrscheinlichere und damit stimmt überein Isidor. Orig. V, 4, 1. (Vergl. Note 454.): liberorum susceptio et educatio, wie Arevali liest, oder liberorum sncccessio et educatio, wie Lindemann, sowie Theophil. Paraphr. pr. de J. N. 1, 2.: η περὶ τοὺς τεχϑέντας ἀνατροφὴ καὶ σπουδή.

454) Vergl. Beilage VI.

turale als ein Recht bezeichnet, welches ubique instinctu naturae habetur.

Nach Alle dem haben wir daher, mit Rücksicht auf den vom gesammten Alterthume festgehaltenen Umfang des philosophischen Begriffes von jus im Allgemeinen, das animalische jus naturale Ulpians zu bestimmen als den Inbegriff derjenigen durch die lex naturae gebotenen Normen, welche die auf dem appetitus beruhenden gegenseitigen Beziehungen der beseelten physischen Geschöpfe regeln. Während sonach das allgemeine Requisit, daß das diesem jus naturale unterliegende Verhältniß oder Factum eine Beziehung des einen Rechtssubjectes zu dem anderen involviren müsse, einerseits einseitige Acte, wie das Essen und Trinken, ausschließt, zieht es andrerseits die Befriedigung des Geschlechtstriebes, wie das darauf beruhende Verhältniß zwischen den Erzeugern und der Nachkommenschaft, ebenso wie die auf instinctivem Triebe beruhende natürliche Freiheit und Gleichberechtigung der lebenden Geschöpfe und die Selbstvertheidigung in den Kreis dieses jus naturale herein. Daher gehören diesem Rechte an: maris atque feminae conjunctio und insbesondere das matrimonium[455]; ferner procreatio liberorum, worunter fällt nicht allein die educatio liberorum (s. oben), sondern auch die weiteren Consequenzen[456]), welche Ulpian ausspricht in lib. 27. ad Sabin. (l. 24. D. de stat. hom. 1, 5.):

> Lex naturae haec est, ut qui nascitur, sine legitimo matrimonio matrem sequatur;

und lib. 2. de Offic. cons. (l. 5. §. 16. D. de agnosc. et alend. 25, 3.):

> Parens, quamvis ali a filio ratione naturali debeat, tamen etc.;

sodann der Satz des vim vi repellere licere[457]) (s. oben), wie endlich die Postulate, welche Ulpian ausspricht in: lib. 36. ad Sabin. (l. 32. D. de R. J. 50, 17.):

> Quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt;

lib. 1. Instit. (l. 4. D. de J. et J. 1, 1.):

---

455) Isid. Orig. V, 4, 1: viri et foeminae conjunctio.

456) Isidor. l. c. liberorum successio (susceptio) et educatio.

457) Isidor. Orig. V, 4, 2: violentiae per vim repulsio.

Quum jure naturali omnes liberi nascerentur, non esset nota manumissio, quûm servitus esset incognita[458].

Ingleichen stützte Ulpian auf dieses jus naturale das Miteigenthum aller lebenden Geschöpfe an den Elementen, worauf derselbe hinweist in lib. 57. ad Edict. (l. 13. §. 7. D. de injur. 47, 10.):

Mare commune omnium est et litora, sicut aër,

und lib. 6. Opin. (l. 13. D. comm. praed. 8, 4.):

— — mari, quod natura omnibus patet[459].

§. 57.

Fortsetzung.
(Lex naturae und jus naturale Ulpian's).

Die Erörterung des vorhergehenden Paragraphen ergab als Resultat, daß Ulpian ein Recht anerkannte, welches, durch die natura geboten und allen lebenden Wesen gemein, auf deren Instinct, den sensus beruhte, und welches von ihm ex professo als jus naturale bezeichnet wurde. Allein neben diesem jus erkennt Ulpian auch noch anderweite Gebote der natura an, welche nicht allen lebenden Wesen gemein sind, vielmehr ausschließlich für den Menschen allein Recht bilden. Hierunter fällt z. B. wenn Ulpian in lib. 47. ad Edict. (l. 42. D. de V. S. 50, 16.) sagt:

Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civilia et quasi more civitatis; utputa furtum, adulterium natura turpe est, enimvero tutela damnari, hoc non natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere;

denn da Ulpian in lib. 18. ad Edict. (l. 1. §. 3. D. si quadrup. 9, 1.):

---

458) Hiermit stimmt überein Isid. Orig. l. c., wenn derselbe omnium una libertas dem jus naturale überweist.

459) Dem entsprechend Isid. V, 4, 1.: communis omnium possessio. Ein Eigenthum an den Elementen wird erst begründet durch das jus gentium. So Ulpian in lib. 52. ad Edict. (l. 1. §. 18. D. de O. N. N. 39, 1.): Quodsi quis in mari vel in litore aedificet, licet in suo non aedificet, jure tamen gentium suum facit. Auf Grund der Aufzählung der Institute des jus naturale bei Isidor. l. c. bin ich geneigt zu schließen, daß Ulpian alle dieselben in lib. 1. Inst. aufführte.

Pauperies est damnum sine injuria facientis datum. Nec enim potest animal injuriam fecisse, quod sensu caret,

den Thieren ausdrücklich die Empfänglichkeit der auf eine Rechtsverletzung gerichteten Willensbestimmung abspricht, so können auch adulterium und furtum, indem sie durch das Gebot der natura selbst verpönt sind, nicht dem animalischen jus naturale, sondern nur einem anderen Kreise des Letzteren anheimfallen [460]. Gleiches gilt auch, wenn Ulpian lib. 6. Opin. (l. 50. D. ad l. Aquil. 9, 2.) sagt:

Naturale jus, quo superficies ad dominum soli pertinet;

indem auch hier lediglich ein solches naturale jus in Frage stehen kann, dessen peritia den Thieren nicht beiwohnt.

Endlich kommen zu diesem Belege noch alle die Stellen, welche Rechtssätze aus dem Gebiete des Obligationenrechtes dem jus naturale überweisen, wie lib. 48. ad Sabin. (l. 35. D. de R. J. 50, 17.):

Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquam dissolvere, quo colligatum est;

lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.):

Et naturalem habet in se aequitatem (sc. interdictum de precario); namque precarium revocare volenti competit. Est enim natura aequum, tamdiu te liberalitate mea uti, etc.

lib. 4. ad Sabin. (l. 1. pr. D. de pact. 2, 14.):

Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum est fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare;

lib. 29. ad Edict. (l. 11. §. 2. D. de pecul. 15, 1.):

Naturalia debita spectamus in peculii deductione; est autem natura aequum, liberari filium vel servum obligatione eo, quod in debitum videtur exegisse;

lib. 26. ad Edict. (l. 26. §. 12. D. de cond. indeb. 12, 6.):

Natura — operas patrono libertus debet.

Alle diese Stellen, deren Zahl sich noch bedeutend vermehren läßt, thuen dar, daß Ulpian in Wahrheit ein doppeltes jus naturale annimmt, und daß beide dadurch von einander sich unterscheiden, daß das eine allen animalia, das andere ausschließ-

460) In diesem Punkte ist somit die Ansicht Ulpian's weniger extrem, als die des Plinius. Vergl. §. 47 bei Note 353.

lich den Menschen eigen ist. Fragen wir daher, ob und in welcher Weise Ulpian diese Duplicität begründen konnte, so bietet sich hierfür eine naheliegende Beantwortung: während das animalische jus naturale auf der allen lebenden physischen Geschöpfen gemeinsamen Kraft des animus, auf den sensus, als dem Instinct beruhte und durch diese Gemeinsamkeit des appetitus allen animalia gemeinschaftlich war, so beruht das menschliche jus naturale auf dem höheren, nur Gott und dem Menschen eigenen Vermögen des animus, auf der ratio, und ist um deßwillen dem Menschen ausschließlich eigenthümlich. Sonach würde diese doppelte Wesenheit des jus naturale als nothwendige Folge der psychologischen Lehren erscheinen, welche die Voraussetzung und Unterlage bilden, auf der Ulpian sein System construirt, während anderseits jene Gränzbestimmung zugleich das Mittel bietet, die Dunkelheit zu erhellen, welche bisher über diese Lehre Ulpian's ausgebreitet war.

Fassen wir nun in diesem Sinne die Lehre Ulpian's vom jus naturale in ihrer Totalität in's Auge, so erkennen wir, daß das Letztere auf die nämlichen objectiven Basen gestützt wird, wie von Gajus und Paulus. Denn auch Ulpian geht bei Construction seines jus naturale aus von der Betrachtung der Natur der Dinge, sowohl im Allgemeinen, wie z. B. lib. 30. ad Sabin. (l. 4. D. de praescr. verb. 19, 5.):

> Natura rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula,

als im Besonderen der natura der Sachen oder Verhältnisse, so lib. 25. ad Edict. (l. 14. §. 13. D. de relig. 11, 7.):

> Puto, judicem justum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, quum hoc ei et actionis (sc. funerariae) naturam indulget,

lib. 46. ad Sabin. (l. 5 D. de fidejuss. 46, 1.):

> — — quia natura obligationum duarum, quas habet, ea esset, ut, quum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur.

Vergl. lib. 25. ad Sabin. (l. 6. §. 1. de pecul. leg. 33, 8.): natura legati; lib. 27. ad Edict. (l. 16. §. 3. D. de pec. const. 13, 5.): per rerum naturum stetit; lib. 70. ad Edict. (l. 1. §. 4. D. de stip. praet. 46, 5.): stipulationes natura sui cautionales; lib

13. ad l. Jul. et Pap. (l. 10. §. 1. D. testam. quemadm. ap. 29, 3.): Sui natura tabulae patefactae; vergl. auch lib. 18. ad Edict. (l. 1. §. 4—11. D. si quadrup. 9, 1.).

In dieser natura rerum erkennt nun Ulpian gleich dem Gajus und Paulus eine derselben immanente, ordnende, vernunftmäßige Kraft, die ratio naturalis[461]) oder natura schlechthin an:

lib. 2. de Offic. Cons. (l. 5. §. 16. D. de agnosc. et alend. 25, 3.)

Parens quamvis ali a filio ratione naturali debet;

lib. 1. Inst. (l. 1. §. 2. D. de J. et J. 1, 1.):

Natura omnia animalia docuit;

lib. 69. Edict. (l. 1. §. 27. D. de vi. 43, 16.):

Jus natura comparatur[462]),

lib. sing. Regul. (Fr. 28, 5.):

Natura tamen cognati manent,

und der Inbegriff dieser Gebote ratio naturalis ist die lex naturae[463]), oder das jus naturale[464]), auch jus natura comparatum[465]), naturalia praecepta[466]), wie auch natura schlechthin[467]) genannt.

Dieses jus naturale in seiner Totalität, welches Ulpian im

461) Hierher gehört wahrscheinlich auch als aus Ulpian's lib. 1. instit. entnommen pr. J. de nupt. 1, 10.: naturalis ratio suadet, sowie, als aus lib. 2. Inst. entnommen, §.47. J. de interd. 4, 15.: naturalis ratio facit. Vergl. §. 58. Note 470.

462) In den beiden letzteren Stellen läßt sich indeß natura auch als Vermögen des Subjectes selbst auffassen.

463) Lib. 27. ad Sabin. (l. 24. D. de stat. hom. 1, 5.).

464) Lib. 1. Instit. (l. 1. §. 3. 4. l. 4. 6. pr. D. de J. et J. 1, 1.), lib. 36. ad Sabin. (l. 32. D. de R. J. 50, 17.), lib. 6. Opin. (l. 50. D. ad l. Aquil. 9, 2.).

465) Lib. 69. ad Edict. (l. 1. §. 27. D. de vi 43, 16.).

466) Lib. 1. Instit. (l. 1. §. 2. D. de J. et J. 1, 1.).

467) Lib. 47. ad Edict. (l. 42. D. de V. S. 50, 16.): natura turpia, turpe, probrum; lib. 29. ad Edict. (l. 11. §. 2. D. de pecul. 15, 1.) u. lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.): natura aequum; lib. 6. ad Edict. (l. 10. D. de V. S. 50, 16.), lib. 15. ad Edict. (l. 31. §. 1. D. de hered. pet. 5, 3.), lib. 26. ad Edict. (l. 26. §. 12. D. de cond. indeb. 12, 6.), lib. 27. ad Edict. (l. 1. §. 7. D. de pec. constit. 13, 5.): natura debere.

Gegensatze zum jus civile auch jus commune nennt[468]), scheidet sich nun im Allgemeinen weder nach Inhalt, noch nach Umfang wesentlich von dem jus naturale des Gajus, Paulus, Marcianus und Consorten; — denn auch diese ziehen die Ehe, die Cognation mit ihren Rechten, die angeborene Freiheit, das Gesammteigenthum an den Elementen, das vim vi repellere, die Occupation, in ähnlicher Weise, wie Ulpian in den Kreis ihres jus naturale herein; vielmehr beruht die einzige wesentliche Abweichung des Letzteren von jenen auf der Bestimmung des Subjectes, welches des jus naturale fähig ist: während Gajus, Paulus, Marcianus und Consorten nur dem Menschen Kenntniß und Fähigkeit des jus naturale beilegen, scheidet Ulpian je nach dem geistigen Vermögen, an welches die lex naturae ihre Anforderungen richtet und dessen Kundgebungen durch das jus naturale beherrscht werden, ein doppeltes Rechtssubject: die gesammten animalia bezüglich des jus naturale für sensus und appetitus, den Menschen[469]) bezüglich des jus naturale für die ratio. Lediglich hierdurch bedingt, zerfällt nun das jus naturale in zwei Parthien, deren eine das animalische jus vertritt, dessen Kenntniß und Fähigkeit allen lebenden Wesen gemein ist, während der andere Theil desselben ausschließliches Eigenthum des Menschen bleibt.

468) Vergl. §. 92. unter A.

469) Hier aber auch, wie Gajus, Marcian und Paulus den Menschen schlechthin, nicht bloß den freien Menschen; denn auch dem Sclaven wird die Empfänglichkeit für die naturalis obligatio ex delicto, wie ex contractu beigelegt, so z. B. lib. 7. Disput. (l. 14. D. de O. et A. 44, 7.): Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent; ex constractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant, wozu lib. 30. ad Edict. (l. 1. §. 18. D. depos. 16, 3.): solemus dicere, doli etiam in servitute commissi teneri quem debere, quia et delicta et noxae caput sequuntur, sowie lib. 76. ad Edict. (l. 19. §. 4. D. de donat. 39, 5.): Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio; vergl. auch lib. 77. ad Edict. (l. 15. §. 35. 45. 48. D. de inj. 47, 10.), ferner lib. 43. ad Edict. (l. 32. D. de R. J. 50, 17.): Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali, quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt; wozu vergl. argum. l. 20. §. 7. D. qui testam. 28, 1. aus lib. 1. ad Sabin.

Dies ist die Theorie, welche der Lehre Ulpian's vom doppelten jus naturale vom antiken Gesichtspunkte aus zu Grunde liegt. Eine andere Frage dagegen ist, inwieweit Ulpian selbst zu einer klaren doctrinellen Anschauung dieser Lehren sich erhoben und ob er dieselben in systematischer Verarbeitung dargestellt habe. Diese Frage können wir zwar bei dem Zustande unserer Quellen nicht mit Bestimmtheit beantworten, allein doch scheint uns die Möglichkeit zu überwiegen, daß Ulpian in der That nur das animalische jus naturale auf Grund wohlbewußter Erwägung anerkennen wollte, zur Annahme des den Menschen besonderen jus naturale aber lediglich durch den Einfluß dieses der Wissenschaft seiner Zeit gemeinsamen Dogma, selbst im Widerspruche mit seinem eigenen Systeme, unbewußt verleitet wurde. Vergl. §. 92.

Allein mag die Beantwortung dieser Frage lauten, wie sie wolle, das Resultat geben die Ueberreste der Ulpianeischen Litteratur als ein unzweifelhaftes an die Hand, daß Ulpian bei der casuistischen Behandlung des Rechtes in der That jenes zwiefältige jus naturale schied; daß ferner das den animalia gemeinsame jus von ihm auf den sensus, also auf den animus, nicht auf den corpus gestützt wurde; sowie daß endlich für die theoretische Rechtfertigung des den homines besonderen jus naturale nur dessen Fundirung auf die ratio des Menschenmöglich ist.

§. 58.

Jus civile.

Das jus naturale beruhte auf der lex naturae, die nach Gajus, Paulus und Ulpianus auf eine der natura rerum inwohnende normative vernunftvolle Kraft sich stützte und in und durch die natura rerum sich offenbarte. Im Gegensatz hierzu mußte die lex civitatis in und durch die geschichtlich gegebene Gestaltung der bürgerlichen Verhältnisse sich offenbaren und auf die diesem civilis status rerum inwohnende normative vernunftmäßige Kraft, die ratio civilis sich stützen. Dagegen Marcian mußte dem Gebote Gottes, welches in der lex naturae sich offenbart, in der lex civitatis die aus der Willensbestimmung des Staates hervorgegangene und durch dessen Gebote in's Dasein gerufene Norm gegenüberstellen.

Dieser Parallelismus findet sich in der That, insoweit zunächst nach der Doctrin des Gajus, Paulus und Ulpianus die materiale Basis in Frage kommt, auf der die beiden leges beruhen: gleichwie die lex naturae auf der ratio naturalis, so beruht die lex civitatis auf der ratio civilis, und in dem nämlichen Verhältnisse, in welchem wir die ratio naturalis zum jus naturale fanden, steht auch zum jus civile jene ratio civilis [470]). Gleichwie daher bezüglich der lex naturae die höchste und letzte materiale Quelle ihres normativen Stoffes in einer objectiven Beziehung aufgefaßt wurde und das Criterium jener ergab, so wurde auch das wesentliche Merkmal der lex civitatis darin gefunden, hervorgegangen zu sein aus der civilis ratio.

Diese civilis ratio bestimmt somit den Begriff der lex civitatis, und wenn gleich wir diesen Begriff zwar nicht unter dieser Bezeichnung in den Quellen vorfinden, so begegnen wir doch demselben unter der Benennung quasi mos civitatis [471]), mores

470) Gajus Inst. I, 158. (§. 3. J. de legit. agn. 1, 15.): civilis ratio corrumpere potest; II, 110.: ratione civili prohibentur; III, 153.: civili ratione dicitur; lib. 4. ad Edict. prov. (l. 8. D. de cap. min. 4, 5.): civilis ratio corrumpere non potest; lib. 3. de Verb. Oblig. (l. 39. D. de neg. gest. 3, 5.): civilis ratio suadet. Ferner dürfte dem Gajus zu überweisen sein §. 2. J. de usufr. 2, 4.: civili ratione recipiunt, indem dieser Paragraph wahrscheinlich auch in seiner zweiten Hälfte aus lib. 2. Aureor. [Vergl. l. 3. §. 1. D. de usufr. 7, 1. und als Parallelstelle lib. 7. ad Edict. prov. (l. 2. §. 1. D. de usufr. ear. rer. 7, 5.)] entnommen ist; dem Ulpian und diesfalls seinem lib. 1. Inst. dürfte zu überweisen sein pr. J. de nupt. 1, 10.: civilis ratio suadet (Vergl. Schrader ad h. l. s. v. justas), sowie dem lib. 2. Instit. des Ulpian der §. 4. J. de Interd. 4, 15.: civilis ratio facit, indem der ganze tit. J. cit. in der Hauptsache aus Ulp. Inst. cit. entnommen zu sein scheint. Dagegen wage ich nicht zu bestimmen, welchem Werke §. 11. J. de hered. quae ab intest. 3, 1.: civilis ratio perimere non potest, civili ratione perdunt zu überweisen ist. Mit dieser civilis ratio ist nicht zu verwechseln die juris civilis ratio (Vergl. Beilage IV. §. 3.), welche sich findet bei Marcian. lib. 6. Instit. (l. 33. pr. D. de condit. 35, 1.): juris civilis ratione et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est, sowie Ulp. fr. 24, 16.: juris civilis ratio non patitur, worüber vergl. §. 68.

471) Ulpianus lib. 47. ad Edict. (l. 42. D. de V. S. 50, 16.) probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis.

civitalis[472]), legum ordo[473]), juris constitutio[474]), civilis constitutio[475]), lex specialis[476]).

Das Gebot dieser mores civilatis ist das jus civile, auch constilalum jus genannt[477]), während die darauf beruhenden Rechte der Person deren jura civilia[478]), oder jus legitimum[479]) bilden, welche häufig auch durch speciellere Benennungen bezeichnet werden, z. B. als jus agnalionis[480]).

Als einer Norm nun, welche auf der cvilis ralio beruht und in der geschichtlich gegebenen Gestaltung der bürgerlichen Ver-

---

472) Paulus lib. 33. ad Edict. (l. 34. §. 1. D. de contr. emt. 18, 1.): quas vero natura — vel mores civitatis commercio exemerunt.

473) Tryphoninus lib. 9. Disput. (l. 31. pr. D. depos. 16, 3.): si tantum naturele — — jus intueamur, etc.; si civile jus et legum ordinem, etc. Aehnlich bezeichnet bereits Tullius Tiro bei Gell. N. A. VII, 3. das jus civile als jus legum.

474) Paulus lib. 7. ad Sabin. (l. 16. D. de furt. 47, 2.): non juris constitutio, sed natura rei impedimento est.

475) Ulpianus lib. 41. ad Sabin. (l. 1. pr. D. de priv. del. 47, 1.): civilis constitutio est, poenalibus ectionibus heredes non teneri.

476) Im Gegensatz zur lex communis bei Ulpianus lib. 27. ad Sabin. (l. 24. D. de statu hom. 1, 5.); vergl. §. 92. unter A.

477) So von Julienus bei Paulus lib. 16. ad Plaut. (l. 20. §. 3. D. de stat. lib. 40, 7.): favore libertatis constituto jure hunc ad libertatem perventurum; Terentius Clemens lib. 5. ad leg. Jul. et Pap. (l. 25. D. de donat. inter vir. 24, 1.): jus constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit; Paulus lib. 7. ad Sabin. (l. 1. D. de ect. rer. am. 25, 2.): furtum quidem eam facere, sed furti non esse ectionem constituto jure. So auch Hermogenianus lib. 1. Jur. Epit. (l. 94. pr. §. 1. D. de cond. 35, 1.).

478) Gaj. I, 158.

479) Gaj. III, 27.: licet enim capitis deminutione jus legitimum perdiderint, certe cognationis jura retinent; III, 71.: legitimo jure capitis deminutione perempto evenit, ut liberi libertae cognationis jure potiores habeantur; Ulp. fr. XXVIII, 9.: licet legitimum jus agnationis capitis deminutione amiserint, natura tamen cognati manent; Paulus lib. 41. ad Edict. (l. 6. §. 1. D. de Bon. Poss. 37, 1.): quaedam bonorum possessiones competunt contra voluntatem, quaedam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus jus legitimum, vel non habentibus propter capitis deminutionem.

480) Vergl. §. 55. Note 443.

hältnisse sich offenbart, verbinden sich mit dem Begriffe des jus civile die folgeweisen Merkmale, daß dasselbe an sich nur für diejenigen, auf denen jene Gestaltung und Ordnung der bürgerlichen Verhältnisse als deren Trägern beruht, somit nur für die Bürger des Staates zur Herrschaft berufen sei; ingleichen daß seine Fähigkeit zur Herrschaft nur eine locale und lediglich eine zeitliche sei, indem es nur in demjenigen Staate zu herrschen vermöge, in welchem die Verhältnisse jene Gestaltung an sich tragen, und nur auf so lange, als jene Verhältnisse dies erfordern; endlich daß sein Gebot nicht wesentlich auf einem allen Menschen gemeinsamen Rechtsbewußtsein, als vielmehr auf politischer Klugheits- und Nützlichkeitsrücksicht, der utilitas beruhe.

Die ersten beiden dieser vier Consequenzen hebt hervor Gajus Inst. 1, 1.:

Quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis;

lib. 2. Aureorum (l. 1. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.):

Jure civili id est jure proprio civitatis nostrae[481]);

Instit. 2, 2.:

Apparet — quaedam civili (jure alienari): nam — usucapionis jus proprium est civium Romanorum;

ingleichen Ulpianus lib. 1. Inst. (l. 6. pr. D. de J. et J. 1, 1.):

Jus proprium id est civile;

dagegen den ersten und dritten Folgesatz spricht aus Marcianus lib. 1. Inst. (§. 11. J. de J. N. 1, 2.):

Ea, — — quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent;

endlich die erste und vierte[482]) Consequenz hebt hervor Paulus lib. 4. ad Sabin. (l. 11. D. de J. et J. 1, 1.):

---

481) Aehnlich Quint. J. O. XII, 2, 3.: leges quae propriae sunt populis et gentibus constitutae, im Gegensatze zu den leges, quae natura sunt omnibus datae; Vergl. 55. Note 445.

482) Das dritte und vierte Merkmal hebt bereits hervor Tullius Tiro bei Gell. N. A. VII, 3., wenn er das jus civile als jus legum rei alicujus medendae aut temporis causa jussarum characterisirt.

Jus pluribus modis dicitur: uno modo etc.; altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile [483]).

So fassen die römischen Juristen auch bezüglich des jus civile in ähnlicher Weise, wie beim jus naturale vornämlich nur die consecutiven Merkmale des Begriffes in's Auge und stellen solche mit mehr oder weniger Präcision hin, während die constitutiven Merkmale zwar genugsam deutlich und bestimmt unserer Wahrnehmung sich offenbaren, von jenen aber mehr in den Hintergrund zurückgedrängt und mehr in der Behandlung der Sache, als bei der Erklärung des Begriffes kundgegeben werden. Noch fehlerhafter ist in dieser Beziehung das Verfahren Ulpian's, wenn derselbe in lib. 1. Inst. (l. 6. pr. D. de J. et J.) das jus civile dahin definirt:

Jus civile est, quod neque in totum a naturali —— recedit, nec per omnia ei servit; itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile efficimus;

indem in diesen Worten lediglich durch unwesentliche Merkmale das jus civile characterisirt wird.

Wenn somit im Gegensatze zum jus naturale das jus civile als dasjenige Recht sich darstellt, welches auf den mores civitatis, als der durch die civilis ratio gebotenen Satzung beruht, so erscheint es auch für diesen Begriff vollkommen gleichgültig, ob das jus civile in einer der das Recht im Staate constituirenden äußeren Formen sich offenbare oder nicht, indem vielmehr, gleichwie für das jus naturale, so auch für das jus civile in abstracto die Möglichkeit gegeben ist, daß es ebensowohl in solcher äußeren Form, wie unmittelbar in und durch den civilis status rerum als dessen ratio der Wahrnehmung sich darbiete [484]). Denn die Auffassung und Begriffsbestimmung des jus civile und jus naturale beruht eben darauf, daß als leitender Gesichtspunkt die letzte materiale Quelle des Rechtes erforscht und festgehalten

483) Vergl. auch Paulus lib. sing. de jure sing. (l. 16. D. de leg. 1, 3.): — propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. Diese Lehre kommt in §. 77. weiter zur Erörterung.

484) So in den der consuetudo, als dem eigentlichen Gewohnheitsrechte voraufgehenden mores.



und mit Rücksicht auf diese seine Entstehung das Recht in jener doppelten Weise aufgefaßt und bezeichnet ist. Allein weil das jus civile regelmäßig nicht in jener Unmittelbarkeit seiner Existenz, sondern in der durch eine rechtsconstituirende Form vermittelten Erscheinung als positives Recht der Wahrnehmung entgegentrat, so verband sich mit dem Begriffe des jus civile auch regelmäßig die Vorstellung, daß es eine mit solcher äußeren Form bekleidete Rechtsmaterie sei, und indem man gleiche Auffassung auch der lex civilis zu Theil werden ließ, faßte man auch diese als formales Rechtsgesetz auf. Hierauf deuten hin die Bezeichnungen jus constitutum (Note 477.) und jus quod populus constituit (bei Gaj. I, 1. cit.), sowie juris constitutio und civilis constitutio (Note 474 und 475.).

Gleichwie jedoch wir selbst diesem Merkmale der formalen Pertinenz der mores civitatis und des jus civile lediglich den Character des Unwesentlichen beilegen dürfen, so haben auch die römischen Juristen, soweit unser Urtheil reicht, gegenüber den Begriffen von lex naturae und mores civitatis, von jus naturale und jus civile jenem Merkmale einen entscheidenden Einfluß nicht eingeräumt und insbesondere demselben die Bedeutung des Wesentlichen nicht beigemessen. Hätten sie dies gethan, so würde jene Eintheilung den nämlichen Doppelsinn erlangt haben, den wir bereits bei Cicero erkannten [485]), und es würde neben die letzte materiale Quelle des Rechtes der nächste und unmittelbarste Grund seiner Gültigkeit als leitender Gesichtspunkt in jene Eintheilung hineingetreten sein, dem entsprechend dann das jus civile alles dasjenige Recht umfaßt hätte, welches auf einer äußeren rechtsconstituirenden Form beruht, während das jus naturale nur diejenige Satzung inbegriffen haben würde, welche, ohne in solcher Form sich zu offenbaren, lediglich in ihrer unsprünglichen Unmittelbarkeit existirt.

Allein, wie bemerkt, haben wir bezüglich der Begriffe lex naturae und jus naturale, wie mores civitatis und jus civile, insoweit solche in unseren Quellen uns entgegentreten, keine Veranlassung eine derartige Trübung der Reinheit der logischen Ordnung anzunehmen, indem vielmehr auf dem Fernhalten der

485) Vergl. §. 39.

formalen Pertinenz des Rechtes es beruht, wenn die jura cognationis schlechthin dem jus naturale überwiesen werden, gleichviel ob sie durch das S. C. Tertullianum oder Orphitianum, durch das Edictum unde liberi oder unde cognati realisirt sind; ingleichen wenn die Möglichkeit der Uebereinstimmung von jus naturale und jus civile, wie der naturalis und civilis ratio in Einem Rechtssatze anerkannt wird [486]). Wohl aber tritt jene Duplicität der Auffassung zu Tage in den Ausdrücken naturale und civile, wie in Beilage III. §. 5. nachgewiesen ist, und gewinnt hierdurch auch für unsere gegenwärtige Erörterung insofern immerhin einige Bedeutung, als diese Erscheinung beweist, daß die maaßgebende Berücksichtigung der formalen Pertinenz des Rechtes den römischen Juristen in Bezug auf die Gegensätze von jus naturale und civile, wie lex naturae und mores civitatis nicht völlig fremd gewesen ist, obgleich sie hier nicht ausgesprochen, oder wenigstens uns nicht überliefert ist.

Wenden wir uns endlich zu dem Begriffe des Marcianus, so finden wir, daß dieser das jus civile in lib. 1. Inst. (§. 11. J. de J. N. 1. 2.) characterisirt als:

jura, quae ipsa — quaeque civitas constituit;

und entsprechend der Bestimmung des jus naturale haben wir diesen Ausspruch in dem Sinne aufzufassen, daß das jus civile diejenige Rechtsmaterie ist, welche ihrem Inhalte nach erst durch den schöpferischen Willen der civitas zur Existenz berufen wird, während das jus naturale als Ordnung Gottes selbst in's Dasein tritt, — eine Auffassung, welche die Consequenz des Denkens erfordert, obwohl sie bei der Dürftigkeit der Quellen nicht direct bewahrheitet werden kann; vergl. §. 89.

§. 59.

Verhältniß des jus naturale zum jus civile.

In §. 55. in Verbindung mit §. 57. bestimmten wir im Sinne der römischen Juristen den Begriff des jus naturale dahin, daß dasselbe das durch die lex naturae gebotene jus ist. Aus dem Wesen der lex naturae ergaben sich sodann vier weitere,

486) So von Gajus lib. 25. ad Edict. prov. (l. 2. D. de superf. 43, 18.), lib. 3. de Verb. Oblig. (l. 39. D. de neg. gest. 3. 5.)

consecutive Merkmale des jus naturale, nämlich seine potentielle Gemeingültigkeit theils für alle Menschen, resp. für alle lebenden Wesen, theils in allen Staaten, theils zu allen Zeiten, wie endlich seine Uebereinstimmung mit den Anforderungen der inneren Rechtsüberzeugung, der aequitas. An diese vier abgeleiteten Merkmale knüpfen nun die römischen Juristen mehr oder minder einstimmig eine Mehrzahl weiterer Consequenzen, welche somit in letzter Instanz insgesammt auf jene Wesenbestimmung des jus naturale sich stützen und zurücklaufen. Allein auch bezüglich dieser weiteren Merkmale waltet wiederum eine Verschiedenheit in der logischen Ordnung insofern ob, als das eine derselben unmittelbar, das andere dagegen nur mittelbar, und lediglich durch das Medium eines früheren Folgesatzes aus jenen bereits festgestellten vier Folgemerkmalen erster Potenz sich ergiebt. Diese Reihenfolge und innere Abhängigkeit der consecutiven Merkmale von einander ist bei Erörterung unserer Lehre von Wichtigkeit, daher dieselbe eine besondere Aufmerksamkeit verdient.

Von diesen Sätzen nun, welche, von den römischen Juristen ausgesprochen, in einem Causalnexus mit dem Wesen des jus naturale stehen, sind es drei, welche als unmittelbare Consequenzen aus jenen vier primären abgeleiteten Merkmalen dieses Rechtes sich ergeben. Im Einzelnen stellen sich hierbei folgende Verbindungen heraus:

Die potentielle Gemeingültigkeit des jus naturale für alle Menschen, bei allen Völkern und zu allen Zeiten bedingt, daß dem jus naturale der Anspruch zukömmt, durch das jus civile nicht aufgehoben zu werden;

Die potentielle Gemeingültigkeit des jus naturale für alle Menschen und bei allen Nationen resultirt, daß das jus naturale in potentia ein jus gentium, d. h. ebensowohl ein jus commune omnium hominum, wie ein jus ist, quo omnes gentes utuntur, während andrerseits der rein nationale Character des aus der civilis ratio hervorgegangenen jus civile bedingt, daß dasselbe seinem Wesen nach auch ein jus civile im Gegensatze zum jus gentium ist;

Die Uebereinstimmung des jus naturale mit den Anforderungen der aequitas bedingt, daß das Erste ein bonum et aequum ist, wogegen das jus civile als das strictum jus sich darstellt.

Gleichwie nun die obigen primären consecutiven Merkmale von Vorn herein nur als speculative und potentielle dem jus naturale zukamen; namentlich Gajus aber der Wahrheit zuwider dieselben in empirische und actuelle Criterien verwandelte (Vergl. §. 55); so wohnt auch den obigen Consequenzen zweiter Potenz den Gesetzen der Wahrheit gemäß im Wesentlichen ebenfalls lediglich eine speculative und potentielle Bedeutung inne, welche jedoch auch hier von verschiedenen römischen Juristen wiederum in eine empirische und actuelle umgewandelt wird. Mit diesem Schritte verließen aber die betreffenden Juristen für immer den Boden des gesetzmäßigen Denkens und betraten ein Gebiet, auf dem der menschliche Geist, jeder höheren Ordnung entbehrend, nur in schrankenloser Willkühr und Inconsequenz sich bewegen konnte. Wir werden weiter unten diese Erscheinungen im Einzelnen darlegen und erwägen, für jetzt uns mit der Hinweisung auf das Kommende begnügend.

Die letzte jener drei Consequenzen zweiter Potenz nun wird nicht anerkannt von Marcianus, dagegen von Gajus, Paulus, Ulpianus, und zwar vom Letzteren bezüglich des jus naturale in seiner Totalität; sie wird in §. 61. in nähere Erörterung gezogen werden.

Der zweite Folgesatz findet sich weder bei Marcianus, noch Paulus, wird aber vertreten von Gajus und Ulpian, und zwar vom Letzteren bezüglich seines den Menschen eigenen jus naturale; er wird in §. 60. in Untersuchung kommen.

Die erste Consequenz dagegen bildet den Gegenstand des gegenwärtigen Paragraphen und sie umfaßt, insofern sie als actuelles Merkmal des jus naturale anerkannt wird, wiederum die doppelte Position:

Das jus civile kann dem jus naturale nicht derogiren,

und

Das jus civile kann dem Subjecte seine jura naturalia nicht entziehen, d. h., nach römisch rechtlicher Auffassung ausgedrückt, die jura naturalia werden durch capitis deminutio nicht zerstört.

Den ersteren dieser beiden Sätze spricht aus:

Gajus, lib. 7. ad Edict. prov. (l. 2. §. 1. D. de usufr. ear. rer. 7, 5):

Nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit;

und daneben Celsus lib. 17. Dig. (l. 188. §. 1. D. de R. I. 50, 17):

> Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt;

dagegen findet sich der letztere Satz bei Gajus Inst. 1, 158. (§. 3. l. de legit. agn. 1, 15):

> Agnationis quidem jus capitis deminutione perimitur, cognationis vero jus capitis deminutione non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest;

lib. 4. ad Edict. prov. (l. 8. D. de cap. min. 4, 5.):

> Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est, capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest [488]);

vergl. auch Instit. 3, 27.

Ferner bei Pomponius lib. 4. ad Sabin. (l. 8. D. de R. I. 50, 17.):

> Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt,

und beim Verfasser des Excerptes in §. 11. J. de hered. quae ab intest. 3, 1.:

> Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest;

Vergl. auch Alfenus lib. 1. Epit. (l. 3. D. de interd. 48, 22.).

Was dagegen Ulpian betrifft, so bleibt dessen Ansicht bezüglich des zweiten dieser beiden Sätze zweifelhaft; es lassen sich hierauf beziehen lib. 2. de Off. Cons. (l. 5. D. de agnosc. et alend. 25, 3.) in den Worten:

> Puto, etiam si non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus, et vice mutua alere parentes debere (l. 5. §. 1. cit.);

---

488) Savigny, System, §. 72. Bd. II, p. 105 erklärt das naturalem praestationem habere intelliguntur durch: „sie zwecken ab auf Naturalverpflegung.“ Ich glaube dem auf Grund meiner Darstellung und mit Rücksicht auf den Tenor jener Stelle widersprechen zu dürfen. Jener Passus bedeutet vielmehr: praestationem juris naturalis habere intelliguntur und erscheint lediglich als Umschreibung von obligatio naturalis in dem Sinne, wo dieser Ausdruck nicht die Wirkung, sondern lediglich den Ursprung und die Quelle der obligatio bezeichnet, wofür mehrfache Belege sich vorfinden, so bei Paulus lib. 3. Quaest. (l. 126. §. 2. D. de N. O. 45, 1.), indem derselbe dort das mutuum eine naturalis obligatio nennt, ferner lib. 47. ad Sabin. (l. 10. D. de O. et A. 44, 7.), Julianus lib. 53. Digest. (l. 16. §. 4. D. de fidejuss. 46, 1.), Ulpianus lib. 40. ad Sabin. (l. 5. pr. D. de met. tut. 26, 8.). Vergl. Beilage III §. 5. sq.

sowie:

Et si impubes sit filius emancipatus, patrem inopem alere cogetur (l. 5. §. 13. cit.);

in Verbindung mit:

Parens quamvis ali a filio ratione naturali debeat, tamen etc. (l. 5. §. 16. cit.).

wozu vergl. lib. sing. Regul. (fr. 28, 9.):

Licet legitimum jus agnationis capitis minutione amiserint, natura tamen cognati manent.

Allein wenn immer diese Aussprüche auf ein Anerkenntniß dieses zweiten Folgesatzes hinweisen können, so haben wir doch diese Annahme zu verwerfen, weil Ulpian dem Ersteren der obigen beiden Sätze entschieden nicht beitritt nach lib. 1. Inst. (l. 6. pr. D. de I. et I. 1, 1.):

Jus civile est, quod neque in totum a naturali — — recedit, nec per omnia ei servit,

da in diesen Worten die Abänderung des jus naturale durch das jus civile nicht bloß als actuelle, sondern auch als potentielle anerkannt wird; und hiermit stimmt auch überein lib. 27. ad Sabin. (l. 24. D. de stat. hom. 1, 5.):

Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducat [489]),

sowie lib. 36. ad Sabin. (l. 32. D. de R. I. 50, 17.):

Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali.

Ebenso wenig erkennen Marcian nach lib. 1. Instit. (§. 2. I. de J. N. 1, 1.: bella — orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt juri naturali contraria: jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur), nebst Florentinus nach lib. 9. Inst. (l. 4. §. 1. D. de stat. 1, 5.) und Tryphoninus nach lib. 7. Disput. (l. 64. D. de cond. indeb. 12, 6.), sowie lib. 9. Disput. (l. 31. pr. D. depos. 16, 3.), noch auch Modestinus lib. 12. Pandect. (l. 4. §. 11. D. de grad. 38, 10.), noch endlich Paulus die Unfähigkeit des jus civile an, dem jus naturale zu derogiren, indem insbesondere der Letztere im lib. sing. de jure sing. (l. 16. D. de legg. 1, 3.) sagt:

489) So z. B. im Falle der lex Mensia nach fr. V, 8.

Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est,

sowie lib. 6. ad Plaut. (l. 21. D. de re judic. 42, 1.):

Et id aequum esse videatur. Sed alio jure utimur;

denn auch in der letzteren Stelle liegt die derogatorische Kraft des jus civile gegenüber dem jus naturale ausgesprochen, weil Paulus dieses Letztere für aequum et bonum erklärt; vergl. §. 69.

Müssen wir somit nach Alle dem anerkennen, daß in Bezug auf die hier fraglichen Consequenzen durchaus keine Uebereinstimmung unter den römischen Juristen herrscht, so haben wir auch überdem dem Gajus, welcher jene Folgesätze anerkannte, den Vorwurf der Inconsequenz zu machen [490]), indem derselbe im einzelnen Falle jene Folgesätze willkührlich wieder aufgiebt, so z. B. Inst. 3, 154:

Juris *enim gentium est societas, quam inire* omnes homines naturali ratione possunt [491]);

in Verbindung mit Inst. 3, 153:

Dicitur et capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti *aequiperari* dicitur;

sowie Instit. I, 83.:

Animadvertere tamen debemus ne juris gentium regulam vel lex aliqua, vel quod legis vicem obtinet, aliquo casu commutaverit, wozu vergl. §. 84. 85.,

indem auch diese Stelle um deßwillen hierher zu ziehen ist, weil Gajus das jus gentium für jus naturale erklärt; vergl. §. 82.

---

490) Mit Rücksicht auf diese doppelte Wahrnehmung bleibt das von Savigny, System §. 71 sq. gezogene Resultat ohne Gewinn für den rechtshistorischen Standpunkt, wie denn z. B. der in §. 71. unter 2. aufgestellte Satz, daß jede actio in bonum et aequum concepta frei von der Einwirkung der cap. dem. sei, zwar im Sinne des Gajus richtig ist, rücksichtlich anderer Juristen dagegen zweifelhaft erscheinen muß: ingleichen dem unter §. 72. unter A. Ausgeführten die Stelle aus Marcian. lib. [1. Inst.] in l. 16. D. de interd. 48, 22 widerstreitet. Allein der dogmatische Standpunkt ist in der That auch grundverschieden vom historischen.

491) Das von mir angenommene Causalverhältniß der Sätze in Gaj. III, 154 scheint mir das dem Zusammenhange dieser Stelle allein angemessene zu sein; dasselbe stellte bereits Heffter auf, während die Conjecturen bei Lachmann eine störende Abhängigkeit der einzelnen Sätze von einander statuiren.

Ebenso gehört hierher, weil dem 2. Aureor. des Gajus zu überweisen (s. §. 58. Note 470.) §. 2. I. de usufr. 2, 4.:

Constituitur autem ususfructus — — in servis, et jumentis et ceteris rebus, exceptis iis, quae ipso usu consumuntur; nam hae res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum. — — Sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui.

Somit erkennt zwar Gajus der Theorie nach nur das doppelte Verhältniß der Uebereinstimmung und der einfachen Fremdartigkeit des Stoffes zwischen dem jus naturale und jus civile an [492]), allein im einzelnen Falle der Anwendung statuirt derselbe in Wahrheit auch einen Widerspruch zwischen Beiden, in welchem dann auch dem jus civile die Uebermacht und derogatorische Gültigkeit gegenüber dem jus naturale zugestanden wird [493]). Alle diese principlosen Inconsequenzen erscheinen aber nothwendig bedingt durch die bereits oben hervorgehobene Thatsache, daß Gajus das in Frage stehende Verhältniß des jus naturale zum jus civile als actuelles und wirklich bestehendes anerkannte, während es vielmehr lediglich als potentielles und erst noch zu realisirendes aufgefaßt werden durfte, in Folge dessen aber die Theorie des Gajus der Wirklichkeit nicht entsprach, und somit auch der Letzteren sich beugen und in Widerspruch mit sich selbst gerathen mußte.

Dahingegen von Marcianus und Ulpianus, wie muthmaaßlich auch von Paulus wird der Widerspruch des jus civile mit dem jus naturale wahrscheinlich auch in thesi zugelassen, obgleich dieser Zwiespalt immerhin das jus naturale an und für sich und in potentia unberührt läßt. Während daher bei Gajus das jus civile in thesi nur eine suppletorische Bedeutung gegenüber dem jus naturale erhält, erlangt dasselbe bei Marcianus, Ulpianus und Paulus auch eine correctorische Stellung.

492) So z. B. lib. 25. ad Edict. prov. (l. 2. D. de superfic. 43, 18.), lib. 3. de Verbor. Obligat. (l. 39. D. de neg. gest. 3, 5.); andrerseits z. B. Instit. II, 65.

493) Gajus gleicht demjenigen, der eine Schwierigkeit dadurch überwindet, daß er sie ignorirt. Sonst hätte ihn die Consequenz seiner Dogmen zu den Sätzen Cicero's führen müssen, der das der lex naturae widerstreitende Gebot des Staates als jus gar nicht anerkennt, vergl. §. 39. Diese Consequenz konnte jedoch Gajus auch wieder nicht zulassen, weil sie für einen practischen Juristen etwas real Unmögliches enthält.

§. 60.

Verhältniß des jus naturale zum jus gentium.

Die zweite der in §. 59. hervorgehobenen Consequenzen, welche die römischen Juristen auf das Wesen des jus naturale und civile stützen, besteht in einer Gleichheitserklärung des jus naturale und jus gentium, wie des diesen beiden Begriffen gegenüberstehenden zwiefachen jus civile. Weil dem jus naturale die Gemeingültigkeit für alle Menschen und bei allen Völkern zukam, dem jus gentium aber von der Jurisprudenz dieser Periode ebenfalls diese doppelte Gemeingültigkeit als Merkmal beigelegt ward, so stützte man auf diese Gleichheit der Prädicate die Gleichheit der logischen Subjecte selbst, und diese Annahme trat mit um so größerer Unbefangenheit auch auf Seiten des jus civile hervor, als hier die Gleichheit des Ausdruckes die Vorstellung von einer Gleichheit der Begriffe selbst nur befördern und scheinbar rechtfertigen konnte.

Die Manipulation selbst nun, aus welcher jene Sätze hervorgingen, ist in ihren Voraussetzungen und Consequenzen, wie in ihrer Existenz und ihrem Wesen in Cap. IV. eines Weiteren darzulegen und zu erwägen, während an dieser Stelle nur die Frage zur Beantwortung zu ziehen ist, ob jene Gleichheitserklärung in der That die begriffliche Selbstständigkeit des jus naturale, wie civile gänzlich absorbirt und vernichtet, diese Begriffe zu reinen Synonymen des jus gentium und jus civile herabgesetzt, und so die ganze Speculation über die letzte Quelle des Rechtes in ein reines Aggregat der Lehre vom jus gentium und jus civile verwandelt habe [494]).

Indem wir bei dieser Frage zunächst nur die Begriffe von jus naturale und jus gentium in's Auge fassen, so haben wir vor Allem anzuerkennen, wie jene Gleichheitserklärung selbst mit klaren und unzweideutigen Worten nur von Gajus sich ausgesprochen findet, mit größerer Wahrscheinlichkeit aber nur bei Ulpianus bezüglich des den Menschen eigenen jus naturale voraus-

494) So unter den Neueren: Dirksen, Verm. Schriften I. p. 204. 207. Savigny, System I. p. 112. fin. sq. Eine Verschiedenheit von jus gentium und jus naturale erkennt dagegen an Birnbaum in Creuzer, Abriß der röm. Antiquitäten, II. Aufl. p. 41. Note.

zusetzen ist; wie dieselbe dagegen dem Marcianus unbedingt fremd geblieben und auch bezüglich des Paulus aus Wahrscheinlichkeitsgründen ebenfalls als fremd zu erachten ist. Schon dieser Sachverhalt aber ergiebt, daß wir selbst dem jus naturale in der römischen Rechtstheorie in Wahrheit eine vollkommene und freie, begriffliche Selbstständigkeit gegenüber dem jus gentium zuzuerkennen berechtigt, wie verpflichtet sind, und daß schon durch diese Rücksicht das von uns eingeschlagene Verfahren einer gesonderten Darstellung der Lehre vom jus naturale vollkommen gerechtfertigt erscheint.

Allein selbst bezüglich derjenigen Juristen, welche jene Gleichstellung von jus naturale und jus gentium aussprechen, gelangen wir zu dem nämlichen Resultate einer Selbstständigkeit beider Begriffe, so bald wir unbefangen die Stellung prüfen, welche in den Werken, wie überhaupt in den Systemen dieser Juristen jene beiden Begriffe einnehmen.

Fassen wir hierbei zunächst den Fall in's Auge, daß jene Gleichstellung des jus naturale und jus gentium eine wahre logische Identität beider Begriffe statuire, so müssen wir zwar anerkennen, daß der Mangel eines wissenschaftlichen Besinnens und die Herrschaft gewisser leitender Ideen bei mehrfachen Aussprüchen eine derartige undenkbare Annahme jenen Juristen habe denkbar erscheinen lassen. Allein über diese Gränze der Voreingenommenheit von herrschenden irrigen Voraussetzungen hinaus kann auch dem Gajus, wie Ulpianus die intensive Verschiedenheit und Selbstständigkeit der Begriffe von jus naturale und jus gentium schlechterdings nicht verborgen geblieben sein. Denn das jus naturale wird gegeben durch den rein speculativen Gesichtspunkt der Erforschung der letzten materialen Quelle der rechtlichen Norm und beruht seinem eigensten Wesen nach nur darauf, die durch die naturalis ratio gebotene Rechtsregel zu sein, während das jus gentium hervorgegangen ist aus einer durch rein historische Bildung gegebenen Eintheilung des Rechtes je nach dessen Herrschaft über das Subject, und demgemäß den Inbegriff derjenigen Rechtssätze vertritt, denen eine Herrschaft über alle freien Menschen inwohnt. So erscheint in Folge der Verschiedenheit des maaßgebenden Gesichtspunktes das Wesen des jus naturale und jus gentium so disparat, daß dadurch die

Möglichkeit ausgeschlossen erscheint, daß von irgend einem Juristen des Alterthumes eine Identität beider Begriffe consequent festgehalten und durchgeführt worden sei; da vielmehr in Folge ihrer unbestreitbaren Evidenz die Wahrheit jenes Unterschiedes sofort der Wahrnehmung sich darbieten mußte, so bald der Gedanke sich freier bewegte außerhalb der Tragweite und des Gebietes der Herrschaft jener Ideen, welche als irrige Prämissen zwar die Annahme jener Identität zur Folge hatten, die aber auch nur innerhalb eines bestimmten Gesichtskreises die Klarheit des Blickes zu trüben und durch Voreingenommenheit die Freiheit der Reflexion zu fesseln vermochten.

Sehen wir indeß ab von diesem letzteren Punkte, für welchen einen directen Beweis zu erbringen in der That nicht möglich ist, so vermögen wir doch aus den Systemen des Gajus und Ulpianus selbst den Beweis der Nichtidentität von jus naturale und jus gentium dadurch zu erbringen, daß wir eine Verschiedenheit der Sphären beider Begriffe darlegen. Denn der Umstand, daß das jus gentium und jus naturale thatsächlich eine verschiedene Materie unter sich begreifen, hat zur nothwendigen Folge, daß das jus naturale in Wahrheit als selbstständiger Begriff und als eigene Wesenheit neben das jus gentium tritt.

Fassen wir daher die Sphären der Begriffe des jus naturale und jus gentium in's Auge, so nöthigt uns vor Allem die erkannte Grundverschiedenheit der Genesis beider Begriffe zu dem Anerkenntnisse, daß eine durchgreifende Gleichheit des einem Jeden von Beiden überwiesenen Rechtsstoffes denjenigen Erscheinungen zuzurechnen sein würde, die wir dem Gebiete des zufälligen Zusammentreffens zu überweisen pflegen. Denn sehen wir ab von der als nichtig sich erweisenden Annahme, daß die Rechtstheorie die durchgreifende und souveräne Machtvollkommenheit besessen habe, denjenigen Normen, die sie selbst als Postulate der ratio naturalis verkündete, sofort und im Momente solcher Offenbarung die practischen Wirkungen und die reellen Consequenzen zu erringen, welche die Satzungen und Institute des historisch gegebenen jus gentium characterisirten; so setzt jene Annahme einer Gleichheit der Materie Beider voraus, daß einerseits die historische Bildung alle Normen, welche die Theorie als Postulate der ratio naturalis hinstellte, als jus gentium reprodu-

cirt, und so in positives Recht verwandelt habe, sowie daß andrerseits die Geschichte in strenger Reinheit nur solche Satzung als jus gentium anerkenne, die der jeweilig herrschenden Theorie durch die ratio naturalis geboten erschien. Und eine solche Erscheinung würde um so mehr als unerhörtes Spiel des Zufalles sich darstellen, als zu dem Zeitpunkte, wo Gajus und Ulpianus die Postulate der naturalis ratio verkündeten, das jus gentium als ein Product der Rechtsanschauung mehrerer, in Gesinnungsweise und Geistesbildung mannichfach verschiedener Jahrhunderte erscheint. Hierdurch bedingt tritt denn auch in der That ein doppelter Widerspruch zwischen dem jus gentium und den Postulaten der naturalis ratio, also dem jus naturale selbst zu Tage.

Zunächst nämlich erkennt das jus gentium Rechtsinstitute an, welche durchaus nicht als Postulate der naturalis ratio sich darstellen: so überweist Ulpian lib. 38. ad Sabinum (l. 8. §. 4. D. de acceptil. 46, 4.) in den Worten:

Hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio,

die Acceptilation dem jus gentium, während andrerseits dieses Rechtsinstitut der naturalis ratio völlig fremd steht; nicht minder überweist Gajus Instit. III, 133 die nomina transcripticia a re in personam, sowie Instit. III, 93. die Stipulation, mit Ausnahme der in der Form von dari Spondes? Spondeo abgeschlossenen, dem jus gentium, während auch diese Rechtsinstitute nach römischer Anschauung dem jus naturale in keiner Beziehung unterzuordnen sind, ja selbst die gegentheilige Annahme immer nur zu dem absurden Satze führen würde, daß gerade die Stipulationsform spondes? spondeo! der naturalis ratio widerstrebe, dagegen alle übrigen Formen derselben durch die Letztere postulirt würden.

In gleicher Weise stellt aber auch die naturalis ratio Postulate auf, welche das jus gentium in Wahrheit nicht verwirklicht, die vielmehr lediglich durch das jus civile realisirt erscheinen, und während einerseits alle auf die Cognation gestützten Rechte dem jus naturale überwiesen werden (vergl. §. 55 Note 443 u. §. 61), so ist es andrerseits das jus civile ausschließlich, welches in Bezug auf hereditas und bonorum possessio diesem jus naturale durch das S. C. Orphitianum und Tertullianum, durch das Edictum unde liberi und unde cognati Anerkennung zollt und Wirksamkeit beilegt.

Alle diese Momente schon lassen keinen Zweifel aufkommen, daß der Umfang des jus gentium und jus naturale in der That ein verschiedener war, und diese nämliche Thatsache ergiebt sich auch daraus, daß jus civile und jus naturale als theilweis übereinstimmend in ihren Satzungen und Instituten anerkannt werden [495]), während andrerseits der Gegensatz von jus civile und jus gentium von der Art ist, daß ein Zusammentreffen Beider in Einer Satzung zu den Unmöglichkeiten des Denkens gehört.

Der wichtigste Punkt aber, in welchem die Verschiedenheit der Sphären des jus naturale und jus gentium am Evidentesten und Durchgreifendsten zu Tage tritt, beruht darin, daß Beide auf ein verschiedenes Rechtssubject sich beziehen, indem das jus naturale den Menschen, das jus gentium den freien Menschen als Träger seiner Gebote anerkennt [496]).

Wie wenig wir daher immerhin verkennen mögen, daß das jus gentium vergleichungsweise am Vollkommensten, ja bis zu einem gewissen Grade vollständigst dem jus naturale thatsächlich entsprochen habe, andrerseits aber auch das jus naturale potentiell ein jus gentium war, so können wir doch gegenüber den hervorgehobenen thatsächlichen Verschiedenheiten beider Begriffe den Gajus und Ulpianus von dem Vorwurfe einer idealisirenden Darstellung der Sache nicht frei sprechen, vielmehr müssen wir sie des Fehlers zeihen, ein Verhältniß der Gleichheit von jus naturale und jus gentium fingirt zu haben, welches in Wahrheit weder als Congruenz der Sphären beider Begriffe existirte, noch als logische Identität des Inhaltes derselben denkbar war, während andrerseits die practischen Consequenzen solcher Lehre die genannten Juristen sehr leicht zur Erkenntniß ihres Irrthumes führen konnten.

Gerade diese letztere Thatsache nöthigt uns aber andrerseits auch, in jener Gleichstellung von jus naturale und jus gentium einen tieferen Sinn zu suchen. Denn selbst wenn wir erwägen,

---

495) So z. B. Gaj. lib. 25. ad Edict. prov. (l. 2. D. de superfic. 43, 18.), lib. 3. de Verb. Obligat. (l. 39. D. de neg. gest. 3, 5.).

496) Vergl. einerseits §. 55. Note 444. und §. 57 Note 469., sowie andrerseits §. 14 Note 39. und §. 80 Note 575.

wie eine falsche Consequenz den denkenden Kopf zu der Annahme führen konnte, daß das jus naturale, weil es in Folge seines Ursprunges potentiell ein allen Menschen gemeinsames Recht war, in dem jus gentium sich verwirklicht habe, so würde doch diese Consequenz, wenn sie lediglich auf einem Fehler der Erkenntniß beruhte, unzweifelhaft aufgegeben worden sein, sobald solcher Fehler in seinen weiteren Consequenzen sich offenbarte und so selbst wiederum zur Wahrnehmung gelangte. Diese Erkenntniß kann aber weder dem Ulpian, noch dem Gajus fern geblieben sein, und wenn daher dieselben dennoch an jenem Dogma der Gleichheit von jus naturale nnd jus gentium festhielten und so dem eigenen Geiste den Zwang auferlegten, wider besseres Wissen eine zwiefache und heterogene Substanz für Eine Materie anzuerkennen, so kann nicht lediglich ein Mangel an Intelligenz, sondern es muß ein anderer Grund zur Aufrechterhaltung dieser Lehre bestimmt haben. Dieser Gründe bieten sich verschiedene dar, welche in §. 85 näher darzulegen sind, und unter denen insbesondere die durchgehends practische Richtung der Speculation und das Bestreben, dem jus naturale einen möglichst practischen und realen Boden zu verschaffen, als Motiv jenes Verfahrens in Betracht zu ziehen sind. Vor Allem aber haben wir die letzte und mächtigste Triebkraft der Festhaltung jener Lehre von der Gleichheit des jus naturale und jus gentium zu erkennen in der Ideenrichtung selbst, welche bestimmend den Zeitgeist jener Jahrhunderte beherrschte. Denn es offenbart sich in der gegenwärtigen Periode ein Andrängen des Geistes, das Gebiet des jus gentium auf Unkosten des jus civile zu erweitern, und dieser Neigung der Zeit diente jene Hypostasirung des jus naturale unter das jus gentium als die mächtigste und sicherste Handhabe, im Wege einer speculativen Rechtsbildung das jus civile gegenüber dem jus gentium zu schwächen und zu beschränken; vergl. §. 85.

Somit nun haben wir erkannt, wie gegenüber dem jus gentium dem jus naturale seine volle begriffliche Unabhängigkeit und Selbstständigkeit zu wahren ist, und gleiches Verhältniß ergiebt sich selbstverständlich bezüglich des aus der civilis ratio hervorgegangenen jus civile gegenüber dem dem jus gentium gegenüberstehenden jus civile, obgleich hier die Gleichheit der Be-

zeichnung, wie das innigere Zusammenfließen beider Begriffe jene Wahrnehmung mehr erschwert.

§. 61.

Verhältniß des jus naturale zum aequum et bonum.

Die letzte der drei Consequenzen, welche, wie in §. 59 bemerkt, die röm. Juristen auf die Wesenheit des jus naturale stützen, besteht in der Verbindung des Letzteren und des aequum et bonum, sowie andrerseits des jus civile und strictum jus.

Diese Verknüpfung beider Gegensätze, deren Beweis in §. 69 gegeben werden wird, findet sich von Paulus theoretisch ausgesprochen, von ihm, wie von Gajus und Ulpianus practisch durchgeführt, dagegen von Marcianus nicht vertreten, und, indem wir dieselbe im Nachstehenden in Erörterung ziehen, fassen wir hierbei vornämlich nur das Verhältniß von jus naturale und aequum et bonum in's Auge, da aus solchem die Stellung des jus civile zum strictum jus von selbst sich ergiebt.

Daß die Gleichstellung des jus naturale und aequum et bonum ebensowenig zu einer wahren, logischen Identität beider Begriffe führt, als dies bezüglich des jus naturale und jus gentium der Fall war, bedarf eines besonderen Beweises nicht. Wohl aber gewinnt dort solche Gleichstellung eine bei Weitem höhere Bedeutung, als beim jus gentium, dadurch, daß jene auf eine wahre Gemeinsamkeit der Sphären Beider sich stützt: es offenbart sich in der Lehre vom jus naturale, wie vom aequum ein verwandter, ja bis zu einem gewissen Grade gemeinsamer leitender Grundgedanke, der, obgleich auf verschiedenem Vehikel beruhend und selbst verschieden in der Ausführung und Bezeichnung, die ihm zu Theil ward, dennoch naturgemäßer Weise zu einem einigen Resultate geführt hat.

Denn der Anerkennung des aequum et bonum, wie des jus naturale liegt gemeinsam der Gedanke zu Grunde: das Recht ist weder Product des Zufalles, noch legislatorischer Willensbestimmung: vielmehr besteht außerhalb des im Staate gesetzten Rechtes eine gesetzvolle Regel, welche im Allgemeinen das nämliche Gebiet der menschlichen Beziehungen beherrschend, wie das Recht, im Urtheile mit diesem concurrirt. Diese Regel wird

als Ausfluß aus der Quelle höchster und letzter Wahrheit hingenommen und als unabhängig von legislativer Sanction und nicht bedingt durch positivrechtliche Form aufgefaßt, daher sie an sich auf rein ideeller, übersinnlicher Basis beruht.

Dieser Gedanke ward in verschiedener Weise bekundet: auf der einen Seite nur instinctiv geahnt, aber thatsächlich realisirt; auf der anderen Seite denkend erfaßt und verarbeitet; dort vom Volke, hier von den Trägern der Wissenschaft, von einem Jeden von Beiden in seiner eigenen Weise.

Das Volk, jenes einheitliche Ganze, welches im Staate zum wohlgegliederten Organismus sich erhebt und zum Körper eines gemeinsamen Volksgeistes sich gestaltet, dieses Volk ist Träger seiner eigenen, von der Staatsgewalt unabhängigen leitenden Ideen, gegenüber allen Beziehungen seines Lebens, und so auch in Hinsicht auf das Recht. Indem es nun zum Bewußtsein und zur Erkenntniß des Inhaltes dieser Ideen gelangt, wird diesen die Geltung absoluter Wahrheit beigemessen und so auch der Norm, die von dem Volke als Gesetz des Rechtes postulirt wird. Den Schwerpunkt dieser Regel und deren Ausgang sucht aber das Volk im Menschen selbst; denn wo im Widerspruche oder in der Uebereinstimmung mit dem im Staate gesetzten Rechte jene Regel zu Tage tritt, da ist es zunächst eine innere Stimme im Menschen, welche die Postulate dieser Norm verkündet. Woher aber diese innere Stimme den Stoff ihrer Anforderungen und namentlich auch die Berechtigung zu diesen entnimmt; ob der menschliche Geist aus seinen Tiefen jene Materie ureigen schöpfte; oder ob diese Regel von der Urkraft aller Dinge in die Seele des Menschen gleich mit unverlöschlichen Zügen eingegraben ist; oder ob endlich jene innere Offenbarung nur That der Reproduction einer von Außen her empfangenen Wahrheit ist; — diese Fragen lagen in Bezug auf jene selbsterzeugte Satzung zu allen Zeiten der Anschauung des Volkes fern, weil dessen Reflexion der Fähigkeit oder wenigstens der Neigung ermangelt, an sich selbst jenen Bildungsproceß zu beobachten und nach dieser Richtung hin in die Sphäre höherer Speculation sich zu erheben. So erkennt der Volksgeist in dunkel ahnungsvoller Weise jene innere Stimme als eine schöpferische Macht an; er findet in sich selbst den reichen Quell der Rechtswahrheit; er behandelt das

zur Erkenntniß gebrachte Gebot jener Stimme als höchste und letzte Wahrheit, indem er nach diesem das Recht selbst abschätzt und bemißt; allein das klare Bewußtsein über das Wesen jener Stimme mangelt; die denkende Verarbeitung der Rechtsideen fehlt; und nur ein instinctiver Trieb läßt diese Letzteren unabhängig von positiver Satzung erscheinen.

Aus jener schöpferischen Kraft des Menschengeistes floß nun her die concrete Anforderung jener Rechtsidee: das aequum et bonum oder die aequitas, während die Letztere gleichzeitig auch die Summe dieser Gebote, deren leitende Idee und maaßgebendes Princip bezeichnet und somit das abstracte Gesetz vertritt, nach welchem aus dem Volksgeiste heraus das aequum sich bildend und gestaltend hervorgeht [498]).

In der nämlichen Richtung, wie diese vulgäre Reflexion des römischen Volkes, cultivirt auch die Speculation des Aristoteles, der Stoiker und des Cicero, wie ähnlich auch die Philosophie eines Plato jene Lehre vom absoluten Gesetze des Rechtes. Auch diese suchen und finden in dem Innern des Menschen eine Stimme, welche, gleich einem Dollmetscher, das Verständniß der Gebote absoluter Rechtswahrheiten dem Menschen vermittelt. Allein nicht nur daß hier das absolute Gesetz des Rechtes zum φύσει δίκαιον oder jus naturale sich gestaltet, so erhebt und beantwortet die Philosophie auch über jenes Dogma der vulgären Anschauung hinaus die Frage nach der Natur und dem Wesen dieser inneren Stimme, wie des Gesetzes selbst, das jene verkündet: in dem Gesetze erkennt die Philosophie ein Product des schöpferischen und regierenden Waltens Gottes d. i. des λόγος oder der ratio, und die Beziehungen dieses Gebotes des Weltlogos zum Menschen vermittelt eine dem Letzteren eingepflanzte intellectuelle Kraft, ein particulärer Logos, der selbst wiederum entweder nur als Empfänglichkeit und receptive Fähigkeit, oder als ein den Inhalt des Gesetzes von Vorn herein in sich tragendes, doch bildungsfähiges Vermögen sich darstellt.

Indem nun die römische Jurisprudenz von diesen durch die Philosophie in Erörterung gezogenen Punkten vornämlich nur die Eine Frage zur Untersuchung und Beantwortung brachte,

---

498) Vergl. §. 68.

welches der äußere Ursprung und das objective Vehikel jener ewigen Rechtswahrheit des jus naturale sei, so betrat sie damit das der Reflexion des Volksgeistes fremde Gebiet und behandelte so das in sachlicher Beziehung verwandte Thema in einer der vulgären Anschauung unbekannten Richtung.

Sonach berührte die Speculation Cicero's die Sphäre der vulgären Anschauung ganz unmittelbar, indem auch Cicero das subjective Vehikel jener absoluten Rechtswahrheit untersuchte und deren Schwerpunkt in dem Menschen selbst erforschte und auffand, während dagegen die Forschungen der römischen Juristen nach einer ganz anderen Richtung hin sich bewegten. Dennoch blieb dem Cicero jener parallele Gang der Reflexionen verborgen, weil ihm erging, was öfter schon den Philosophen widerfuhr: der Aufschwung des Geistes in die höheren Regionen ließ ihm das Nahegelegene übersehen. Denn hätte Cicero die durch die griechische Philosophie gegebenen Begriffe des καλον καὶ ἀγαϑόν, καλὸν καὶ δίκαιον, ἀγαϑόν, καλόν, nicht durch die Bezeichnung rectum honestumque wiedergegeben, sondern als aequum et bonum aufgefaßt, so würde er erkannt haben, wie die honestas seines Systems und die aequitas der Volksanschauung in hohem Grade verwandt waren, ja bis zu einer gewissen Gränze die nämliche Sphäre umfaßten; und Cicero würde keine Veranlassung gefunden haben, eine anderweite Verbindung der aequitas mit seinem Systeme auf einem künstlichen und unhaltbaren Wege anzustreben[499]. Allein jene Verschiedenheit der Ausdrucksweise hinderte den Cicero an Erkenntniß jener Gleichartigkeit der Begriffe, daher es der römischen Jurisprudenz überlassen blieb, mit ihrem an die Erfassung und Beherrschung der vulgären Idee gewöhnten practischen Blicke hinter der Verschiedenheit der Benennung und selbst bei der Divergenz in Behandlung des Dogma von der absoluten Rechtswahrheit, jene Gleichartigkeit und Verwandtschaft der gewonnenen Resultate und Begriffe auszusprechen: das jus naturale ist ein aequum et bonum, die lex naturae ist eine aequitas d. i. eine lex aequi bonique, und die aequitas in einer etwas veränderten Auffassung

499) Vergl. Beilage I. §. 8.

des Begriffes ist zugleich das leitende Princip des jus und der lex naturae, daher eine naturalis aequitas.

Sonach ist die aequitas als lex aequi et boni gewissermaaßen nur das Echo der lex naturae: indem die lex naturae, jene der natura rerum immanente ratio, durch eine geistige Anschauung erfaßt und erkannt wird und so im Geiste des Menschen sich reproducirt, erscheint sie nun als das Gebot einer inneren Stimme und verwandelt sich damit in die aequitas; daher die Letztere nur das subjective Correlat der lex naturae und deren vom Geiste des Menschen getragenes Abbild ist.

So entspricht der Gleichstellung beider Begriffe eine Verwandtschaft des ihnen zu Grunde liegenden leitenden Gedankens; allein darüber hinaus rechtfertigt auch eine wahre Gleichheit der Gebote Beider, eine reale Identität der Letzteren jene Gleichstellung. Daher haben mit Recht die römischen Juristen in ihrer Mehrzahl mehr oder minder direct jene Gleichheit von bonum et aequum und jus naturale anerkannt, und wenn wir bei Marcian allerdings keine Spur hiervon vorfinden, so erklären wir diese Erscheinung daraus, daß eben Marcian inniger, als irgend welcher andere Jurist an die Lehrsätze der Philosophie sich anschloß, und hierdurch von jener Erkenntniß abgelenkt wurde [500].

Jene Identität des Inhaltes der lex naturae und der aequitas läßt sich nun auch im Einzelnen erkennen und nachweisen. Denn gleich wie in der zahllosen Masse von Regeln, die unter dem Titel der aequitas als Anforderungen des Rechtsbewußtseins des Volkes hervortreten; gleich wie hier inmitten der unendlichen Vielfältigkeit der einzelnen Normen vier verschiedene Sätze sich erkennen lassen, welche den normativen Stoff des Rechtes erzeugen und gestaltend auf denselben einwirken; gleichwie endlich diese Sätze die generellsten leitenden Principien repräsentiren, nach denen der Volksgeist in specielleren Postulaten die ihm inwohnende Rechtsidee offenbarte und verwirklichte [501]; so

500) So dient auch jene Erscheinung dazu, die Richtigkeit unserer eigenen Auffassung zu bestätigen, welche wir der Behandlung der Lehre von der lex und dem jus naturae von Seiten Marcian's zu Theil werden ließen.

501) Vergl. §. 66. In diesem §. legen wir der aequitas fünf Principien unter, allein das fünfte derselben konnte nach dem dort Bemerkten der Natur der Sache nicht füglich als leitendes Princip des jus naturale hingestellt

kehren auch in dem jus naturale jene leitenden Einheiten wieder, und wirken auch hier bestimmend auf die einzelnen Institute und die specielleren Satzungen der lex naturae ein. Denn auch das jus naturale erkennt an [501a]):

Zunächst die sanguinis oder cognationis ratio [502]) d. i. das Princip der Berücksichtigung der auf die Blutsverwandtschaft und Ehe gestützten Verbindungen, auf welches allein bereits der Auctor ad Herennium II, 13, 19. den Begriff des jus naturae zurückführte:

Natura jus est, quod cognationis aut pietatis causa observatur; quo jure parentes a liberis et a parentibus liberi coluntur.

Daher bezeichnen nicht allein Gajus und Paulus, wie Pomponius und Papinianus die Cognation und die darauf gestützten Rechte auf bonorum possessio, hereditas, Tutel und dergl. als die jura naturalia des Menschen (Vergl. §. 55. Note 441—443.), sondern auch andere Juristen überweisen in ähnlicher Weise Blutsverwandtschaft und Ehe, sowie die darauf beruhenden Rechte und Rechtsverhältnisse dem jus naturale, so z. B. Tryphoninus lib. 20. Disput. (l. 28 §. 1. D. de liber. et post. 28. 2.); Paulus lib. sing. de portion. quae liberis damnator. conced. (l. 7. pr. D. de bon. damn. 48, 20.), lib. 2. ad Sabin. (l. 4. D. si tab. test 38, 6.), lib. 35. ad Edict. (l. 14. §. 2. 3 D. de R. N. 23, 2.); Ulpianus in den in §. 56. mitgetheilten Stellen, sowie lib. 1. Opin. (l. 1. pr. §. 1. D. de obsequ. parent. 37, 15.); Modestinus lib. 12. Pandect. (l. 4. §. 2. D. de gradib. 38, 11.); Papinian lib. 29. Quaest. (l. 7. §. 1. D. si tab. test. null. 38, 6.) u. a. m. Vergl. auch §. 70.

Nicht minder wird dem jus naturale überwiesen das Princip der Aufrechterhaltung derjenigen Verpflichtungen, die man im rechtlichen Verkehre durch Treu und Glauben geboten erachtete;

---

werden, weil jenes Princip für die Rechtsbildung überwiegend nur ein formales ist, dem jus naturale aber nur materiale Principien überwiesen werden.

501a) Die nachfolgenden vier Principien überweist bereits Cicero der lex naturae, jedoch mit der Distinction, daß das erste derselben der lex naturae der sensus, nur die letzten drei dagegen der lex naturae der ratio, d. i. dem jus naturale anheimfallen. Vergl. §. 36. und 38.

502) Gajus lib. 16. ad Edict. prov. (l. 2. D. unde cogn. 38, 8.). Ulpian. lib. 2. ad leg. Ael. Sent. (l. 12. D. de manum. vind. 40, 2.): Vergl. Beilage IV. §. 4.

hierauf beruhen vornämlich die meisten klaglosen obligationes naturales, so z. B. die aus dem nudum pactum, sowie aus Verträgen mit Sclaven, nicht minder zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen entspringenden obligationes, in Bezug worauf auch unser Grundsatz ausgesprochen wird von Paulus lib. 3. Quaest. (l. 84. §. 1. D. de R. I. 50, 17.):

Is natura debet, — — cujus fidem secuti sumus.

Allein auch der Character klagbarer Obligationen als naturales beruht auf diesem Grundsatze, so z. B. des mutuum, welches Paulus lib. 3. Quaest. (l. 126. §. 2. D. de V. O. 45, 1.) den obligationes naturales zurechnet. Ebenso tritt jene Beziehung deutlich hervor bei

Tryphoninus lib. 9. Disput. (l. 31. pr. D. depos. 16, 3.):

Reus capitalis iudicii deposuit apud te centum; is deportatus est; bona ejus publicata sunt; utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale — jus intueamur, ei qui deposuit, restituenda sunt;

u. a. m. Vergl. auch §. 70.

Ferner fällt dem jus naturale zu das Princip der Zutheilung und Aberkennung von Vortheil und Nachtheil und insbesondere von Gewinn und Verlust, nach dem durch die Verhältnisse gegebenen Maaßstabe von Angemessenheit, ein Princip, welches in allgemeinerer Weise ausgesprochen wird von

Pomponius lib. 9. ex var. Lection. (l. 206. D. de R. I. 50, 17.):

Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem;

lib. 21. ad Sabin. (l. 14. D. de cond. indeb. 12, 6.):

Hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem;

Paulus lib. 3. ad Sabin. (l. 10. D. de R. I. 50, 17.):

Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda;

und auf welches ebensowohl die klaglosen obligationes naturales, die nicht aus Verträgen entspringen, sowie von den klagbaren obligationes naturales insbesondere die obligatio in quantum locupletior factus est zurückzuführen ist, wie dies insbesondere von Ulpianus lib. 40. ad Sabin. (l. 5. pr. D. de auct. tut. 26, 8.):

Naturaliter tamen obligabitur, in quantum locupletior factus est,

ingleichen von Papinianus lib. 18. Quaest. (l. 25. §. 1. D. quando dies legat. 36, 2.) geschieht. Ebenso werden um dieses Grundsatzes willen verschiedene Rechtsinstitute, so z. B. die condictio indebiti von Paulus lib. 10. ad Sabin. (l. 15. pr. D. de cond. indeb. 12, 6.), die Repression des furtum von demselben lib. 39. ad Edict. (l. 1. §. 3. D. de furt. 47, 2.) u. a. m., wie einzelne Rechtssätze auf das jus naturale zurückgeführt, worüber vergl. Labeo bei Ulpianus lib. 38. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. si quis testam. 47, 4.), Paulus lib. 20. ad Edict. (l. 36. §. 5. D. de hered. petit. 5, 3.), ingleichen Gajus lib. 25. ad Edict. (l. 2. D. de superf. 43, 18.), Ulpianus lib. 6. Opin. (l. 50. D. ad l. Aquil. 9, 2.) u. a. m. Vergl. auch §. 71.

Endlich erkennt das jus naturale an die voluntatis ratio [503]) d. i. das Princip der Freiheit des Willens von der Form, wie der Prävalenz des Willens gegenüber der Willenserklärung, und es wird dasselbe theils in abstracterer Beziehung auf das jus naturale zurückgeführt von Quint. I. O. VII, 1, 49:

Quid aliud, saepius dicam, natura permittit, quam ut, cum verba (sc. legis) contra sint, de voluntate quaeratur?

theils in specielleren Consequenzen mehrfach demselben überwiesen, so namentlich von Paulus lib. 34. ad Edict. (l. 1. D. loc. 19, 2.):

Locatio et conductio, quum naturalis sit, — non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emtio et venditio;

Gajus lib. 2. Aureor. (l. 9. §. 5. D. de acquir. dom. 41, 1.):

Nihil tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi;

Ulpianus lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.):

Est natura aequum, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, quum mutavero voluntatem.

So auch Gaj. 3, 154. u. a. m. Vergl. auch §. 72.

Die Thatsache dieser in allgemeinen und maaßgebenden Grundzügen in Wirklichkeit obwaltenden und hervortretenden Uebereinstimmung der Postulate des jus naturale und der aequitas giebt aber hier in Wahrheit dem Urtheile die Berechtigung,

503) Papinianus lib. 6. Respons. (l. 75. §. 2. D. de leg. II.) Vergl. Beilage IV. §. 4.

die von Vorn herein nur postulirte und potentielle Uebereinstimmung Beider für eine thatsächliche und actuelle zu erklären, weil in diesem Punkte die Empirie das Resultat der Speculation in der That bestätigte und reproducirte.

§. 62.

Resultat.

Ueberschauen wir nun den Raum, welchen innerhalb der antiken Rechtsphilosophie die Lehre der römischen Jurisprudenz vom jus naturale einnimmt, so finden wir, wie von dem Pantheismus der Stoiker und Cicero's die römischen Juristen einer reinen Naturphilosophie sich zuwenden. Dieser Uebergang gestattet zwar, daß die Speculation der Letzteren gegenüber den rechtsphilosophischen Systemen Griechenlands vornämlich mit den Dogmen der Stoiker, wie auch Cicero's in einen höheren Grad innerer Verwandtschaft tritt, allein gleichzeitig bedingt er auch wesentliche Verschiedenheiten Beider. Dieses doppelte Moment der Verwandtschaft, wie Verschiedenheit läßt sich in wenig Worten darlegen: Die lex naturae wird von den römischen Juristen, wie von den Stoikern auf eine ratio fundirt, und diese ratio ist Beiden eine Vernünftigkeit, die neben und außerhalb der Vernunft des Menschen selbst existirt, vielmehr in dem Universum ihren Sitz hat und sich offenbart; Beide erkennen somit in jener ratio eine objective Vernünftigkeit, eine Vernunft als Immanenz der Natur an und betrachten die Contemplation der Letzteren als das nothwendige Mittel der Erkenntniß des Sitten- und Rechtsgesetzes [504]). Allein den Stoikern ist die ratio zu-

---

504) Wegen der Stoiker vergl. insbesondere Plut. de Stoic. repugn. 9, §. 4.—7. und daselbst Chrysippus: "Ἀκουε δὲ ἃ λέγει (ο Χρύσιππος) περὶ τούτων ἐν τῷ τρίτῳ περὶ Θεῶν· „οὐ γάρ ἐστιν εὑρεῖν τῆς δικαιοσύνης ἄλλην ἀρχὴν, οὐδ' ἄλλην γένεσιν, ἢ τὴν ἐκ τοῦ Διὸς καὶ τὴν ἐκ τῆς κοινῆς φύσεως· ἐντεῦθεν γὰρ δεῖ πᾶν τὸ τοιοῦτον τὴν ἀρχὴν ἔχειν, εἰ μέλλομέν τι ἐρεῖν περὶ ἀγαθῶν καὶ κακῶν." Πάλιν ἐν ταῖς Φυσικαῖς Θέσεσιν· „οὐ γάρ ἐστιν ἄλλως οὐδ οἰκειότερον ἐπελθεῖν ἐπὶ τὸν τῶν ἀγαθῶν καὶ κακῶν λόγον, οὐδ' ἐπὶ τὰς ἀρετὰς οὐδ' ἐπὶ εὐδαιμονίαν, ἀλλ' ἢ ἀπὸ τῆς κοινῆς φύσεως καὶ ἀπὸ τῆς τοῦ κόσμου διοικήσεως." Προελθὼν δ' αὖθις· „δεῖ γὰρ τούτοις συνάψαι τὸν περὶ ἀγαθῶν καὶ κακῶν λόγον, οὐκ οὔσης ἄλλης ἀρχῆς αὐτῶν ἀμείνονος οὐδ' ἀναφορᾶς, οὐδ'

gleich der λόγος Gottes oder Gott selbst, daher ihnen jene ratio gleichzeitig objectiv und subjectiv erscheint, während den römischen Juristen die ratio nur objectiv ist, indem sie, unabhängig von einer gleichzeitigen Anwesenheit Gottes, und von diesem zwar ausgegangen, aber zugleich auch abgelöst, selbstständig über das Universum ausgebreitet ist und in diesem sich offenbart.

Diese Verschiedenheit im Systeme insbesondere betreffend, so ist dieselbe, wie bemerkt, wesentlich und durch höhere Voraussetzungen bedingt. Denn indem den Stoikern die dem Universum inwohnende Intelligenz, auf der das absolute und einige Gesetz beruht, Gott selbst ist, Gott aber oder der λόγος die Natur, gleich wie der Geist den Körper, durchdringt, belebt, beseelt, und so, als Weltseele, die Natur selbst zu einer Intelligenz verwandelt, in der das Gesetz des φύσει δίκαιον beruht, so liegt nun diesem λόγος der κοινὸς νόμος unmittelbar inne, wie der Gedanke dem Geiste, oder vielmehr der κοινὸς νόμος, als

ἄλλου τινὸς ἕνεκεν τῆς φυσικῆς θεωρίας παραληπτῆς οὔσης, ἢ πρὸς τὴν περὶ ἀγαθῶν ἢ κακῶν διάστασιν." Γένεται τοίνυν ἅμα πρόσω καὶ ὀπίσω τῶν ἠθικῶν ὁ φυσικὸς λόγος, κατὰ Χρύσιππον. (Audi quid de his dicat Cbrysippus in lib. III. de Diis: „Non enim inveniri potest", inquit, „aliud justitiae principium, alia origo, quam a Jove et communi Natura petitum. Inde enim necesse est omnia ista nos exordiri, si volumus aliquid de Bouis et Malis dicere". Rursum in Naturalibus Propositionibns: „Non enim licet vel aliter, vel magis proprie, pervenire ad explicationem Bonorum ac Malorum, virtutis, felicitatis, quam si initium ducatur a communi Natura et mundi gubernatione". Ac deinde: „Ab his enim suspendenda est de Bonis et Malis disputatio, quum non sit ullum aliud melius principium aut relatio; neque aliam ob rem Naturae consideratio sdbibeatur, quam sd discrimon Bonorum et Malorum constitnendum." Ergo Cbrysippo auctore naturalis doctrina moralem simul et sequitur et praecedit); vergl. auch Cic. de Fin. II, 11, 34. Gell. N. A. XII, 5. Ebenso liegt auch die Anempfehlung der Contemplation der natura in der ganzen ethischen Lehre Cicero's, ist aber auch mehrfach besonders hervorgehoben, so de N. D. II, 14, 37: homo ortus est ad mundum contemplandum et imitandum, u. ö.; vergl. §. 37. Note 268. Die äußere Gleichheit der Lehre Cicero's und der Juristen tritt namentlich hervor in Stellen wie de Leg. II, 4. 10: (lox est) ratio profecta a rerum natura; nur ist hier die rerum natura Gott selbst, bei den Juristen dagegen die Natur der Dinge. Aehnliche Stellen lassen sich auch aus Seneca zahlreich beibringen, so Epist. 4. de Benef. IV, 17. u. a. m.

der Gedanke, erfüllt vollständig den λόγος, als die denkende Kraft: er concentrirt in sich, als universeller Kraftäußerung, das ganze Vermögen, welches der λόγος selbst ist. So durchströmt und beherrscht der νόμος κοινός das Weltall, allein gleich wie der Sitz des Gedankens nie ein anderer sein kann, als der Sitz der Denkkraft selbst, so beherrscht auch der κοινὸς νόμος das Weltall nicht anders, als in und mit und durch die wirkliche Anwesenheit des λόγος oder θεός und beherrscht somit das Ding und Wesen räumlich, im Wege einer wahren Einströmung und Durchdringung der Materie. Daher gelangt auch der κοινὸς νόμος niemals zu einer eigenen, von der unmittelbarsten Verbindung mit Gott selbst sich abhebenden Existenz, vielmehr ist er stets nur λόγος: der Gedanke selbst und ein unmittelbares Product der Denkkraft Gottes.

Diesem Dogma von der räumlichen Existenz der lex naturae stehen die römischen Juristen fern, ja müssen ihm fern stehen, weil mit der Annahme, daß auch in unkörperlichen Dingen, in Verhältnissen und Kraftäußerungen die ratio und lex wirkt und sich offenbart, die Lehre von einem Eindringen des Gesetzes in die Materie völlig unvereinbar ist. Daher durchdringt nicht die lex naturae die Körper, sondern sie offenbart sich nur an und in den Wesen, Dingen und Verhältnissen, wogegen sie in ihrer Existenz unabhängig von einer räumlichen Base ist. Ebensowenig ist auch die lex naturae die Vernunft selbst oder der Gedanke Gottes, sondern sie erscheint nur als Ausprägung und Ausdruck der Vernunft, als Kundgebung und Product des Gedankens.

Das Gebiet der Herrschaft dieses Gesetzes ist aber den römischen Juristen, gleich den Stoikern, die Gesammtheit des Erschaffenen, das Universum, obgleich dieses einheitliche objective Vehikel der lex naturae in einer veränderten Richtung erschaut wird, weil in Folge der Verwerfung des Dogma von der räumlichen Existenz des Gesetzes die substantielle Beziehung des Erschaffenen mehr in den Hintergrund zurücktritt. Denn weil die lex naturae nicht in den Dingen ihren Sitz hat, sondern nur an ihnen sich offenbart, so erscheint als objectiver Schwerpunkt dieser lex nicht die natura, als das Universum, sondern die natura rerum, als der Inbegriff der Eigenthümlichkeiten und be-

sonderen Bestimmungen der einzelnen Dinge. In dieser natura rerum, nicht in dem Universum offenbart sich daher die lex naturae, und dem entsprechend fassen die römischen Juristen nicht dieses, sondern jene erstere als das Vehikel der lex in's Auge. Allein die Summe des Inbegriffenen ist in Wahrheit die nämliche bezüglich der natura rerum, wie der natura als des Universum, weil jeder Theil des Universum auch seine eigene natura in sich trägt. Insofern daher die römischen Juristen durch Beobachtung der verschiedenen naturae der einzelnen Dinge, wie der natura rerum im Allgemeinen die lex naturae zu erforschen und zu erkennen strebten, und so in speculativ wissenschaftlicher Weise die Welt der Erscheinungen ihrer Betrachtung unterwarfen, insofern dürfen wir sonach mit Recht in deren Verfahren die Spuren einer ächten Naturphilosophie finden, obgleich wir andrerseits nicht verkennen mögen, daß das beschränkte Ziel, welches jene bei ihrer Forschung verfolgten, eine Einseitigkeit des Gesichtspunktes zur Folge gehabt hat.

In die natura rerum verlegen nun die römischen Juristen den Sitz einer Vernünftigkeit oder vernünftigen ordnenden Kraft, der ratio naturalis, als deren Ausprägung die lex naturae und das jus naturale sich darstellen. Und gleichwie die ratio naturalis als eine mit der natura rerum selbstgegebene, absolute, intellectuelle Kraft sich darstellt, so repräsentiren jus und lex naturae eine Norm, welche von allem Anfang an und in Ewigkeit dem Wesen der Dinge inliegt, und an diesen sich offenbart. Indem daher der Mensch zum Menschen in ein äußeres Lebensverhältniß tritt, so wird damit eine Regel in Bewegung gesetzt und zu maaßgebendem Urtheile berufen, welche bereits vor der Verwirklichung jenes Verhältnisses als dessen mögliche Norm in abstracto gegeben war, und welche durch Entstehung jenes Verhältnisses zu concreter Herrschaft berufen wird und nunmehr bestimmend und ordnend über jenes sich stellt. Die Annahme der Existenz solcher Regel bedingt aber durch die Consequenz des Denkens mehrfache Vordersätze als ihre entsprechenden Voraussetzungen, welche wir in nachstehender Weise aufzufassen berechtigt sind.

Die Weltordnung ist durchgreifende Harmonie, weil die Welt das vollendete Product der Weisheit Gottes ist. Daher hat innerhalb des Weltorganismus jedes Wesen und jeder Körper

eine feste und bestimmte Stellung angewiesen erhalten, welche als systematische Einordnung des Theiles in die harmonische Construction des Ganzen erscheint und so die Regelwidrigkeit und Störung vom Universum fern hält. Hierdurch mit innerer Nothwendigkeit bedingt ist auch a priori ein bestimmtes Verhältniß gegeben, in welchem die Gattungen, Arten und Individuen der geschaffenen Wesen und Körper zu einander selbst sich verhalten; denn wo dem einzelnen Theile gegenüber dem Ganzen, da muß jenem auch gegenüber dem Nebentheile eine ein für allemal gegebene Stellung vorgezeichnet sein.

Somit beruht die Stellung der einzelnen Naturdinge zu dem Universum, wie zu ihren Nebentheilen auf einer a priori gegebenen Ordnung, in der wir eine höhere Leitung und eine bestimmende Regel anerkennen: das Walten Gottes und sein ordnendes Gesetz.

Die Stellung des Naturdinges zu seinem Nebenkörper oder Nebenwesen ist nun zwar nicht allein durch die Natur selbst in Wirklichkeit schon ihm eingeräumt und unmittelbar angewiesen, vielmehr vermag es sowohl in Folge äußeren Einflusses, wie innerer, mehr oder minder selbstständiger Kraftentfaltung andere Beziehungen zu seinen Nebendingen hervorzurufen, als jene sind, welche aus jener von Natur ihm gesetzten Stellung unmittelbar sich ergeben; allein auch diese scheinbar willkührlichen und freibeliebten Beziehungen sind als mögliche von der Weisheit Gottes berechnet, und als mögliche einer ordnenden Regel unterworfen worden, weil das Universum eben durchgreifende und vollendete Harmonie ist, um deßwillen aber innerhalb desselben keine Bewegung denkbar ist, die, als unberechnete und von aller Regel ungebundene und freibeliebte Regung, einen Mißton hervorrufen könnte. Daher ist jede mögliche Beziehung der Naturtheile unter einander durch das Gesetz Gottes a priori geregelt, und indem solche Beziehung wirklich wird, wird die dafür gesetzte abstracte Regel concret.

Mit jenem Gesetze Gottes steht nun in der innigsten wesentlichen und nothwendigen Beziehung die von Gott dem einzelnen Naturdinge gegebene Construction und Wesenbestimmung. Denn indem die Anlage und der Bau der Naturdinge je nach Gattung, Art und Individuum eine Verschiedenheit aufweist, welche

zu einer Mannichfaltigkeit und Ungleichheit der einzelnen Theile des Weltalls führt, so muß diese Organisation der Naturdinge nicht allein von der Beschaffenheit sein, daß sie deren Einordnung in den Bau des Weltalls ermöglicht, sondern es muß um der Harmonie des Letzteren willen sogar ein durchgreifender und unlösbarer Wechselzusammenhang zwischen dem Organismus des Universum und der Wesenbestimmung des Theiles obwalten, so daß die Letztere weder ein Mehr, noch ein Weniger enthalten kann, als jene Harmonie beansprucht, oder duldet. Sonach entspricht die Organisation des Naturdinges dem Gesetze Gottes, wie dieses andrerseits jener vollkommen entspricht.

Innerhalb der Wesenbestimmung nun, welche als Anordnung Gottes die Naturdinge gleich einer Kreislinie determinirend umgiebt, unterscheiden wir eine zwiefältige Beschaffenheit des dadurch gegebenen Raumes: den einen Theil, innerhalb dessen die Anordnung Gottes, als ein von Vorn herein schon verwirklichter Inhalt, allein und unmittelbar bestimmend obwaltet; und den anderen Theil jener Sphäre, innerhalb dessen in höherem oder geringerem Grade die Entwickelung einer Besonderheit der Individuen in Folge von Einflüssen möglich ist, die, jedoch immer innerhalb jener maaßgebenden Peripherie, entweder von Außen her zu dem Naturdinge hinzutreten oder aus dessen Innerem heraus selbstständig hervorgehen. Den Inbegriff aller der innerhalb jener Sphäre zu Tage tretenden Merkmale bildet die Natur des Wesens oder Körpers, welche die Summe der gesammten, dessen Wesenheit bestimmenden und ihm eigenen Merkmale ist und als etwas Selbstständiges von dem Dinge selbst sich abhebt.

Zwischen dieser Natur des Wesens oder Körpers und dem das Weltall ordnenden und beherrschenden Gesetze Gottes waltet sonach eine innere Wechselbeziehung ob, indem jenes Gesetz ebensowohl die Natur des Dinges bestimmt und zu harmonischer Uebereinstimmung mit dem Weltall verbindet, wie auch selbst wiederum der Natur der Dinge angemessen ist und entspricht. Wo daher immer zwei Wesen oder Körper in eine Beziehung zu einander treten, da ist zugleich in dem Gesetze Gottes a priori eine Regel gegeben, welche diese Beziehung ordnet und zur Harmonie bestimmt, eine Regel, die durch die Natur der Dinge getragen ist und in derselben beruht.

So nun waltet jenes Gesetz nicht allein im Gebiete der Sinnenwelt ob, hier als Naturgesetz sich offenbarend, sondern es beherrscht auch jede geistige Beziehung und offenbart sich hier als Gesetz der Kunst, wie der Moral, als Gesetz der Logik, wie der Mathematik, als Gesetz des Systemes des Alphabetes, wie der Ziffern. Tritt nun der Mensch zum Menschen, sei es an sich, sei es in Bezug auf einen Dritten oder eine Sache in ein äußeres Lebensverhältniß, so ist auch für dieses letztere a priori eine Regel gegeben, welche ordnend und bestimmend über dies Verhältniß sich stellt. Die scheinbar willkürliche und unstete Veränderlichkeit der äußeren Beziehungen der Menschen unter einander ruht sonach auf der festen Basis gesetzvollen Geschehens: auf jenem Gesetze Gottes, welches zu harmonischer Einheit die einzelnen Theile des Universum zusammenfügt, und welches in der Natur des Menschen und Dinges beruht und durch dieselbe bedingt erscheint. Dies ist das Gesetz des Rechtes.

Betrachtet man jedoch die Beziehungen der Dinge und Wesen abgelöst von jenem unmittelbaren Verhältnisse zu Gott und seinem Gesetze, und faßt man die natura rerum in ihrem Gange und ihren Wechselbeziehungen als etwas Selbstständiges und auf sich selbst Beruhendes auf, so tritt an die Stelle der Regierung Gottes eine ordnende Kraft, und sein Gesetz verwandelt sich in eine der natura rerum selbst zukommende Norm. Und weil in dieser ordnenden Kraft eine Vernünftigkeit sich offenbart, so stellt sich, bedingt durch solche Anschauungsweise, jene Kraft als ratio naturalis dar, d. i. als die von ihrem Träger abgelöste, der natura rerum eigene Vernunft; die ordnende Regel selbst aber wird zur lex naturae, d. h. zum Gesetze, in welchem diese Kraft sich offenbart und die natura rerum beherrscht. —

Alle diese Sätze finden sich zwar nirgends in unseren Quellen direct ausgesprochen; ja es wäre Thorheit, behaupten zu wollen, daß dieselben genau in der gegebenen Bestimmtheit und Präcision dem Bewußtsein der römischen Jurisprudenz sich vergegenwärtigt hätten. Allein die Behauptung vermögen wir aufzustellen und festzuhalten, daß die Consequenz des Denkens jene Sätze als die nothwendigen Prämissen der Lehre erfordert, welche wir in unseren Quellen in trümmerhaftem Stückwerk überliefert erhalten.

Vielmehr bildet in unseren Quellen der Satz: die natura rerum ist der Sitz einer vernünftigen ordnenden Kraft, der ratio naturalis, die Position, die im Allgemeinen die Gränze bezeichnet, mit welcher unsere Kenntniß der Philosophie der römischen Juristen abschließt, indem wir nur von Marcian noch höhere Obersätze überliefert erhalten. Ob jedoch die römischen Juristen auf eine tiefere Begründung ihrer Lehre von der ratio naturalis wirklich verzichtet und ihr System sogleich mit diesem Begriffe begonnen haben, ohne den Ursprung und das Wesen dieser Kraft bis in die höheren Regionen der Speculation zu verfolgen und ohne in den obersten Sphären geistiger Potenzen nach dem Urquell, dem Schöpfer und Träger jenes Gesetzes zu forschen; oder ob nur der rhapsodische Zustand unserer Quellen die höheren philosophischen Speculationen zu erkennen uns hindert; diese Frage muß dahingestellt bleiben, wenn schon wir dieselbe im Allgemeinen zu verneinen geneigt sind. Das Eine glauben wir jedoch als sicher annehmen zu dürfen, daß die römischen Juristen im Allgemeinen die ratio naturalis nicht als eine der natura rerum originäre und primitive Kraft ansahen, sondern daß sie, die Annahme eines göttlichen Wesens ihrer Weltanschauung zu Grunde legend, diese Annahme auch, gleich dem Marcian, mit ihrem rechtsphilosophischen Systeme in Verbindung setzten und so der ratio naturalis einen höheren Ausgang beilegten. Ist aber diese Voraussetzung gerechtfertigt, so erkennen wir damit zugleich eine hohe und innige Verwandtschaft, welche zwischen dieser Theorie der römischen Juristen und jenen Sätzen obwaltet, die einer der geistreichsten Denker des angehenden 18. Jahrhunderts aussprach. Denn Montesquieu eröffnet den esprit des lois mit den Worten:

> Les lois, dans la signification la plus étendne, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses: et dans ce sens tous les êtres ont leurs lois; la Divinité a ses lois; le monde matériel a ses lois; les intelligences supérieures à l'homme ont leurs lois; les bêtes ont leurs lois; l'homme a ses lois.

Ceux qui ont dit, „qu'une fatalité aveugle a produit tous les effets que nous voyons dans le monde," ont dit une grande

absurdité: car quelle plus grande absurdité qu'une fatalité aveugle qui aurait produit des êtres intelligents?

Il y a donc une raison primitive; et les lois sont les rapports qui se trouvent entre elle et les différents êtres, et les rapports de ces divers êtres entre eux. etc. etc.

§. 63.

Fortsetzung.

(Resultat.)

Die Stellung, welche gegenüber dem im Staate herrschenden Rechte das jus naturale der Jurisprudenz einnimmt, ist eine doppelte: es erscheint dasselbe einerseits als Satzung, die als positives Recht bereits ausgeprägt ist und gilt; andrerseits aber auch als Norm, die, ohne solche Verwirklichung als wahres Recht erfahren zu haben, an sich auf rein ideeller Grundlage beruht. Hier ist das jus naturale in der That nur bloße Rechtsmaterie, nicht aber selbst schon Recht; dort ist dasselbe wahres und wirkliches, ein sogenanntes positives Recht. Nicht minder ist auch innerhalb dieser doppelten Wesenheit des jus naturale dessen Stellung wiederum insofern eine doppelte, als einestheils demselben eine rein theoretische und speculative, andrerseits aber auch eine empirische und practisch wirksame Bedeutung zukömmt.

Fassen wir zunächst das jus naturale in seiner Beziehung als reine Rechtsmaterie und reine ideelle Norm in's Auge, so tritt deren lediglich speculative und rein potentielle Bedeutung in verschiedenen der in §. 59. citirten Stellen, sowie aus der hierselbst gegebenen Darstellung, am deutlichsten aber bei Marcianus zu Tage, wenn derselbe in lib. 1. Instit. (§. 2. l. de J. N. 1, 2.) sagt:

jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur,

sowie ebendaselbst (l. 2. D. de nat. rest. 40, 11.) die libertas als die natalia bezeichnet,

in quibus initio[505]) omnes homines fuerunt,

während er andrerseits ebendaselbst (l. 2. D de nat. rest. cit. u. l. 5. §. 1. D. de stat. hom. 1, 5.) das servum nasci als em-

505) Initium bezeichnet nicht allein die zeitliche Uranfänglichkeit, sondern wie das griechische ἀρχὴ auch das Princip selbst.

pirische und actuelle, unzweifelhaft maaßgebende Rechtssatzung des positiven Gesetzes anerkennt.

Dagegen eine actuelle und practische Bedeutung gewinnt dieses ideelle jus naturale dann, wenn die römischen Juristen in ihren auf das Practische gerichteten wissenschaftlichen Kundgebungen neue und ungekannte Regeln des jus naturale enthüllen und dieser neuen Rechtsschöpfung zugleich die Verwirklichung als maaßgebende Norm, als positives Recht beimessen. Diese Bedeutung [506]) des jus naturale tritt vornämlich zu Tage theils in den Responsen, theils in den Controversen der römischen Juristen, insofern hier das jus naturale den Inhalt der neu aufgestellten Rechtsnorm bietet. So offenbart sich z. B. das jus naturale in dem Responsum bei Javolenus lib. 1. Epist. (l. 23. §. 2. D. de acqu. poss. 41, 2.):

> Quaero: si vinxero liberum hominem, ita ut eum possideam, an omnia, quae is possidebat, ego possideam per illum?
> Respondi: si vinxeris hominem liberum, eum te possidere non puto; quod quum ita se habet, multo minus per illum res ejus a te possidebuntur; neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possim, quem civiliter in mea potestate non habeo;

wie anderntheils in der bekannten Controverse zwischen den Sabinianern und Proculianern über die Specification [507]), wie dies berichtet wird von Gajus lib. 2. Aureor. (l. 7. §. 7. D. de acqu. dom. 41, 1.):

> Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant, hunc dominum esse, qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui

506) Auf diese Bedeutung insbesondere des jus naturale deutet bereits, obwohl in entfernterer Weise, hin Cicero de Inv. II, 22, 67.: Ac naturae quidam jura minus ipsa quaeruntur, quod neque in hoc civili jure versantur et a vulgari intelligentia remotiora sunt; ad similitudinem vero aliquam aut ad rem amplificandam saepe sunt inferenda; vergl. §. 41.

507) Ob die verschiedenen Schulen eine verschiedene Stellung zur Lehre von dem jus naturale eingenommen, lasse ich für gegenwärtig dahingestellt sein. Nach Dirksen, Beiträge p. 46 sq. würde dies anzunehmen sein.



materiae dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset; quia sine materia nulla species effici possit; wozu vergl. Gaj. Inst. II, 79. (In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur etc.).

Sodann die Stellung des jus naturale als wahren und positiven Rechtes betreffend, so ist solche eine rein theoretische und speculative, insoweit dasselbe in die historisch gegebenen Gegensätze im Rechte hineingetragen und hier dem jus gentium, wie dem aequum et bonum untergelegt wird. Denn indem hierbei das jus naturale dem Zwecke dient, als speculatives Fundament den darauf basirten Rechtscomplex in höherer wissenschaftlicher Weise zu rechtfertigen und diese Materie aus ihrem bisherigen Stadium einer rein positiven und historischen Existenz herauszuheben und sie als Ausfluß der Quelle höchster und letzter Rechtswahrheit darzustellen, insoweit, sagen wir, ist die hierdurch bedingte Bedeutung des jus naturale eine rein theoretische, die lediglich durch wissenschaftliches Bedürfniß geboten ist.

Allein indem jene Verschmelzung des jus naturale mit jenen historischen Elementen gleichzeitig dazu dient, das Gebiet des jus gentium auf Kosten des jus civile, des aequum et bonum zum Nachtheile des strictum jus zu erweitern, insoweit dient jene Verbindung den Anforderungen des Zeitgeistes selbst, und insoweit tritt neben jene theoretische Bedeutung auch eine practische, weil insoweit das jus naturale zu einer Potenz sich erhebt, welche mit dem historisch gegebenen Stoffe neue und tief in den rechtlichen Verkehr eingreifende Wirkungen verknüpft und so den Rechtsstoff selbst in Wahrheit einer wesentlichen Umwandlung unterwirft.

Insoweit nun die römischen Juristen das jus naturale im positiven Rechte selbst aufsuchen und darlegen, so erscheint ihre Stellung völlig verschieden von der der früheren Philosophen. Denn während die auf das Practische gerichteten Bestrebungen eines Cicero im Wesentlichen in der Aufgabe sich concentrirten, ein Rechtsgesetz zu finden, welches ein Normalrecht ergab, das erhaben stand über allen positiven Legislationen; so erscheinen die römischen Juristen in jener Beziehung als Philosophen des positiven Rechtes selbst, bestrebt, innerhalb desselben die höhere Rechtswahrheit zu enthüllen; und während das jus naturale der

Philosophie dem Naturrechte im modernen Sinne gleicht, so repräsentirt das jus naturale der Jurisprudenz in der obigen Beziehung lediglich das absolute Element im positiven Rechte.

Allein gleichzeitig nehmen die römischen Juristen auch den Standpunkt der Philosophie ein, insofern sie das jus naturale als ideelle Norm behandeln, die entweder als reines Ideal des Rechtes vorgezeichnet oder als Normalquelle des positiven Rechtes verwirklicht wird. Hierbei bewegt sich die römische Jurisprudenz auf dem Gebiete der rein speculativen Reflexion, und hier ist es der dem denkenden Geiste eigene Drang zur Erforschung der Wahrheit, die Liebe und Lust an abstracter Speculation, die auf dieses Gebiet herüberleitet. Dennoch gewinnt auch hier die Reflexion eine unmittelbare practische Wichtigkeit, ja es ist dieselbe in ihrem Auftreten rein historisch zu erklären, daraus nämlich, daß hierzu die Jurisprudenz eine dringende und unmittelbare Aufforderung durch das practische Leben selbst empfing. Denn von den Rechtsschöpfungen längst vergangener Jahrhunderte war der Geist der jüngeren Zeit gebannt und gehemmt, und in der erforderten freien Bewegung gehindert durch ein Recht, welches, den bürgerlichen Verhältnissen der Jugend Rom's entsprechend, dem gereifteren Alter der Stadt nicht allein ungenügend, sondern selbst als beengende Fessel erschien, während andrerseits diesen Zwang unmittelbar im Wege der Legislation und durch offene Aufhebung des Veralteten zu beseitigen, wiederum die allen freien Völkern eigene, der gegenwärtigen Periode angeborene instinctive Anhänglichkeit an die Institutionen der Vorzeit widerstrebte (vergl. §. 4.). Beiden Neigungen Rechnung tragend, suchte daher der Volksgeist auf Umwegen und in einer weniger weitgreifenden, directen und offenkundigen Weise jenen Bann zu lösen, und die Zauberformel hierfür bot das Dogma von der lex naturae, wie von der aequitas. Gestützt auf diese Lehre untergrub nun und vernichtete die Rechtswissenschaft Hand in Hand mit den Edicten der Magistrate und den Constitutionen der Kaiser allmählig das dem Zeitgeiste widerstrebende alte Recht und erschuf neue Satzungen, durch innere Wahrheit erhaben über Raum und Zeit.

Auf diesem Gebiete wissenschaftlicher Behandlung des jus naturale lag daher die nächste Aufgabe der Jurisprudenz darin,

die drängenden Anforderungen des Lebens und des geschäftlichen Verkehres zu befriedigen, und hierin liegt zugleich das vermittelnde Moment, welches mit den innigsten Banden jenes ideelle jus naturale an die reale Wirklichkeit fesselt; dagegen in der Aufstellung des jus naturale als des vollendeten Ideales allen Rechtes macht das Bestreben sich geltend, den Ansprüchen der reflectirenden Vernunft zu genügen, und dieses Streben wiederum vermittelt einen steten Zusammenhang jener auf das Practische gerichteten Thätigkeit mit der theoretischen Speculation.

§. 64.

Fortsetzung.
(Resultat.)

Indem die römische Jurisprudenz bei ihren der Bearbeitung des jus naturale gewidmeten Bestrebungen die Aufgabe sich stellt, jenes Recht, sei es als verwirklichtes innerhalb des positiven Rechtes, sei es als noch zu verwirklichendes darzulegen, so schlägt sie nun hierbei einen Weg ein, dessen Richtung bereits durch die Wesenbestimmung des jus naturale selbst sicher angedeutet war: die Erforschung der natura rerum und der hieraus sich ergebenden Gesetze.

In jedem Rechtsverhältnisse bietet sich aber der prüfenden Anschauung wenigstens Eine Person, Ein Object und Eine Beziehung Beider zu einander dar, auf der der Begriff des Verhältnisses selbst beruht, daher auch die Erforschung des jus naturale nothwendig von einer Betrachtung jener drei Objecte der Anschauung ausgehen und die Erkenntniß der Merkmale derselben, auf welchen deren natura beruht, sich zur Aufgabe stellen muß. Allein bei dem absoluten Character des Rechtes können in der That inmitten der zahllosen Merkmale der Personen, Objecte und Verhältnisse stets nur einige wenige als die bestimmenden Factoren für die zu findende Rechtsregel und als diejenigen Momente anerkannt werden, welche den wesentlichen Thatbestand determiniren, der selbst wiederum der erkannten Norm als factischer Anknüpfungspunkt für ihre Verwirklichung dienet. Daher muß ein bestimmter Werthmesser vorhanden sein für eine derartige abschätzende Beurtheilung der in der natura der Menschen, Dinge oder Verhältnisse inliegenden einzelnen Merkmale,

und einen solchen Maaßstab bieten gewisse allgemeinere, bereits gegebene Principien, welche sonach die leitenden Gesichtspunkte bei Erwägung der juristischen Relevanz jener Merkmale bilden, und die Richtung bestimmen, nach welcher der Blick die natura erschaut und erforscht. Diese allgemeineren Principien sind aber selbst wiederum auf noch allgemeinere Principien zu reduciren, bis endlich in dieser nach systematischer Folge vom Besonderen zum Allgemeinen sich ordnenden Stufenleiter der Positionen die obersten und letzten Rechtsprincipien erreicht sind, welche bei den in den Quellen uns entgegentretenden entsprechenden Operationen der römischen Juristen als bereits gegebene sich uns offenbaren. Diese allgemeinsten und höchsten Principien, nach Maaßgabe deren die Gebote der lex naturae in der in §. 55. fin. angedeuteten Weise sich entwickeln, sind aber vornämlich die in §. 61. u. §. 66. dargelegten vier Sätze: jene von der wissenschaftlichen Speculation adoptirten Sprößlinge des Volksgeistes. Von ihnen aus geht das Licht, in welchem die natura rerum erschaut wird; sie offenbaren das Criterium, das aus der unendlichen Vielheit der Merkmale, welche die natura des Dinges bilden, das einzelne relevante heraushebt; sie bilden in Wahrheit das Mittelglied, welches die natura rerum in eine innere Verbindung mit den gesellschaftlichen Zuständen setzt, und erscheinen als das befruchtende Element, durch welches der natura eine lebensfrische Weisheit abgewonnen wird, als das Element, welches das Gesetz des Weltalls selbst zur schlichtenden und ordnenden Regel für den Menschen umwandelt. Außer jenen vier Principien werden zwar dem jus naturale noch andere Sätze von mehr genereller Fassung untergelegt, so das τὴν πίστιν συνιστάναι von Modestinus lib. 4. Excusat. (l. 13. §. 7. D. de excus. 27, 1.), das parere patriae von Pomponius lib. sing. Enchirid. (l. 2. D. de J. et J. 1, 1.); die uranfängliche libertas aller Menschen von Marcianus lib. 1. Inst. (§. 2. J. de J. N. 1, 2. und l. 2. D. de natal. rest. 40, 11.); das vim vi repellere von Florentinus lib. 1. Inst. (l. 3. D. de J. et J. 1, 1.), wie von Gajus lib. 7. ad Edict. prov. (l. 4. pr. D. ad l. Aquil. 9, 2.) und Ulpianus lib. 69. ad Edict. (l. 1. §. 27. D. de vi 43, 16.), wozu vergl. lib. 18. ad Edict. (l. 5. pr. D. ad l. Aquil. 9, 2.) und Paulus lib. 10. ad Sabin. (l. 45. §. 4. D. eod.); allein meist ordnen sich derartige Sätze

den obigen vier Principien durch irgend welche Beziehung unter und erscheinen als deren Ausfluß und concretere Anwendung, oder wir haben wenigstens denselben die allgemeine Bedeutung und den ausgebreiteten Einfluß abzusprechen, den wir den obigen vier Gesetzen beizumessen haben.

Jene vier Principien stellen sich nun in der gegebenen Fassung als Tendenzen dar, welche das jus naturale selbst in seinen Postulaten verfolgt, und in dieser Beziehung treten dieselben auch in der That in den Quellen uns meistentheils entgegen, weil den römischen Juristen bei ihrer Stellung als conditores juris jene Auffassung am Nächsten lag. Allein wenn immerhin die Juristen selbst jene vier Sätze in der Form und Fassung aussprechen, daß sie dieselben als die von ihnen bei ihren Responsen befolgten Principien offenbaren, so liegt doch in der Natur der Sache, daß jene Sätze zugleich zur maaßgebenden Regel für das Verhalten des Privatmannes sich gestalten, und in dieser präceptiven Beziehung enthalten dieselben dann die Vorschriften: die auf Blutsverwandtschaft und Ehe beruhenden Verbindungen zu respectiren; im rechtlichen Verkehre Treu und Glauben zu bewahren; Jedem das Seine zu gewähren und mit Niemandes Nachtheil sich zu bereichern; sowie endlich weder die Freiheit der Willensbestimmung des Andern zu beeinträchtigen, noch auch in fraudem getroffener Bestimmungen zu handeln. Die erste Vorschrift enthält das Gebot der pietas, die zweite Vorschrift das Gebot der fides i. e. S., die vierte das Verbot der captio; dagegen das Verhalten, welches allen jenen Vorschriften entspricht, ist die bona fides, während das denselben widersprechende Verhalten der dolus malus ist[508]).

So finden wir in jenen vier praecepta juris naturalis im Wesentlichen die nämlichen Sätze wieder, welche bereits Cicero dem jus naturae überwies (§. 38. Vergl. §. 61. Note 501[a]), nur daß dieselben in dem Munde der Juristen eine präcisere Haltung und bestimmtere Fassung gewonnen haben. Allein die Stellung selbst, welche diese Sätze von Cicero und von den Juristen dieser Periode angewiesen erhalten, ist in der That eine verschiedene, insofern als ihre Hauptbedeutung bei Cicero darin

508) Vergl. Beilage VII.

besteht, die Vorschriften der lex naturae als bindende Regeln für das Verhalten jedes Einzelnen zu geben, während bei den Juristen, wie bemerkt, der Schwerpunkt ihrer Bedeutung darin liegt, daß sie von diesen selbst als die leitenden Gesichtspunkte bei Feststellung des jus naturale festgehalten werden und so zu Repräsentanten der Postulate sich erheben, in denen die Richtung des jüngeren Rechtsbewußtseins der Nation sich offenbart und suppletorisch, wie correctorisch dem von Alters überliefertem Rechte gegenübertritt.

Durch die Gemeinsamkeit jener vier Principien auf Seiten des jus naturale und des aequum et bonum wird endlich auch eine Gleichheit der auf denselben beruhenden einzelnen Rechtsinstitute und Rechtssätze begründet und damit auch jene Uebereinstimmung wissenschaftlicher und volksthümlicher Anschauung in das Gebiet der specielleren Rechtsbestimmungen übergetragen. Ja dem aufmerksameren Beobachter des Alterthumes wird nicht entgehen, daß jene Verwandtschaft des Resultates der wissenschaftlichen Speculation mit den Postulaten des Rechtsbewußtseins des Volkes auch noch in anderen Sphären hervortritt, als da, wo es sich um ein eigentliches Gebot der aequitas handelt. So schildert die römische Volkssage das goldne Zeitalter Italiens als einen Zustand, dem die Sclaverei völlig unbekannt war:

> Regni ejus (Saturni) tempora felicissima feruntur cum propter rerum copiam, tum etiam, quod nondum quisquam servitio vel libertate discriminabatur[509]);

eine Sage, die sich auch wiederspiegelt in den bei den Saturnalien üblichen Sitten und Gebräuchen. Hierauf mögen wir mit Sicherheit die Thatsache stützen, wie dem Geiste des römischen Volkes ureigen die Idee inwohnte, daß die Sclaverei dem ursprünglichen und natürlichen Zustande der Dinge widerstreite und lediglich durch die Macht der bürgerlichen Verhältnisse in's Leben gerufen sei. Wenn nun diesen nämlichen Satz die wissenschaftliche Speculation aufstellte, so mochte dieselbe vermeinen, durch eigne und selbstständige Forschung eine neue Wahrheit

509) Macrob. Saturn. I, 7.; Justin. Hist. Phil. 43, 1.: Italiae cultores primi Aborigines fuere: quorum rex Saturnus tantae justitiae fuisse traditur, ut neque servierit sub illo quisquam, neque etc.; vergl. auch Interprett. Maii ad Virg. Georg. II, 538.

aufgefunden zu haben. Wir aber erkennen, wie die Wissenschaft nur einen Gedanken aussprach, der seit Jahrhunderten schon im Geiste des Volks geschlummert, und erkennen, wie solche Anschauung des Volksgeistes bestimmend auf den Ideengang der wissenschaftlichen Speculation einwirkte.

Indem nun die römischen Juristen der bezeichneten Weise in dem jus naturale eine Norm construiren und als jus anerkennen, welche ihrem Wesen nach auf rein ideeller Grundlage beruht, so geben zugleich hiermit dieselben, gleich den Philosophen, den durch die Vernunft gebotenen, durch die Geschichte geheiligten Begriff des jus auf: jenen Begriff, dessen wesentliches Merkmal darin bestand, eine Norm zu sein, die durch eine sinnlich wahrnehmbare Form dem ihrer Herrschaft Unterworfenen erkennbar und zugängig ist. Denn während es ein wesentliches Merkmal des Rechtes im normalen Sinne ist, daß ein äußeres, wahrnehmbares Zeichen die Existenz der normirenden Regel bekunde und daß der Rechtssatz in Gesetz, oder Gewohnheit oder wissenschaftlicher Kundgebung sich verkörpere, so wird für das jus naturale eine solche körperliche Hülle nicht erfordert: es ist eine Regel, welche nur geistig existirt, ohne ein äußerliches Criterium seiner Existenz zu haben.

Durch dieses Dogma zerstören somit die römischen Juristen die äußere Gränzbestimmung des jus und geben das letztere dem freien und unberechenbaren Schalten des Gedankens preis, das durch jene formale Existenz des Rechtes gegebene sichere und unzweideutige Criterium mit dem schwankenden und unzuverlässigen Merkmale einer inneren Probemäßigkeit vertauschend. Ja hiermit statuiren dieselben zugleich nothwendig einen Widerstreit des Rechtes mit sich selbst, zwischen dem positiven Gesetze nämlich und der lex naturae, ein Widerstreit, der mit Nothwendigkeit durch den Gegensatz der Speculation und der Geschichte geboten ist, und der auch von den römischen Juristen selbst einstimmig anerkannt wird. Nur in dem einen Punkte dissentiren die Letzteren, in der Frage nämlich, ob im Zwiespalte zwischen jus civile und naturale jenes oder dieses prävalire, indem Marcianus, Paulus und Ulpianus das Uebergewicht des jus civile anerkennen, während Gajus das alle staatliche Ordnung bedrohende Dogma von der Prävalenz des jus naturale nach dem Vorgange

des Cicero wenigstens aufstellt, wenn auch, da solche Lehre in ihrer Consequenz sich selbst vernichtet, im Einzelnen nicht durchzuführen vermag.

Allein die großen Gefahren, die aus solcher Lehre dem Staate, die bedeutenden Uebelstände, die bei der Rechtspflege daraus der bürgerlichen Gesellschaft erwachsen; sie wurden großentheils beseitigt und verringert dadurch, daß die römischen Juristen in der That nur die legislativen Organe des Staates waren und namentlich sich selbst als die Verkündiger des jus naturale betrachten. Und wie dieselben einerseits dem Richter die Befugniß absprechen, zuwider dem im Staate gegebenen Rechte Recht zu sprechen, so mag andrerseits wohl kein irgend wichtiger Rechtsfall ohne Responsum eines Juristen der richterlichen Entscheidung unterbreitet worden sein. Als legislative Organe des Staates erscheinen aber die Träger der Rechtswissenschaft insofern, als, abgesehen von der inneren Macht wissenschaftlicher Autorität, auch die in dem jus respondendi ihnen zu Theil gewordene decretive Gewalt sie zu rechtsconstituirender Thätigkeit ermächtigte. So verwandelt sich das jus naturale und aequum et bonum im Momente der Erkenntniß und Offenbarung sofort in wahres jus, nach dessen Maaßgabe dann das Urtheil über spätere Fälle sich gestaltete. Hierdurch aber wird für die römischen Juristen eine Stellung begründet, wie sie in der Weltgeschichte einzig ist: sie sind Philosophen auf dem Gebiete des Rechtes, Erforscher letzter und höchster Wahrheit, allein indem sie, meist im Hinblick auf den concreten Fall, das Wahre erforschen und das Erkannte verwirklichen, verbinden sie mit der Freiheit und Ungebundenheit der Speculation die Lebensfrische der Praxis und die Macht, dem abstracten Satze die Verwirklichung zu sichern. So gleichen sie nicht der Mehrzahl der griechischen Philosophen, die, auf der Wanderung durch unbekannte Gefilde neue Schätze der Weisheit sammelnd, solche, gleich der Pythia, in unverständlichen Orakelsprüchen dem Volke verkünden, sondern sie gleichen dem Künstler, der die Gesetze des Schönen durch freies Studium der Natur erkennt und in verständlicher Form wiedergiebt und verwirklicht.

Wenden wir uns endlich zur Erörterung der Abgränzung des jus naturale gegen die übrigen Gebote der Ethik, so kann es

schon a priori einem Zweifel nicht unterliegen, daß die moderne Gränzbestimmung, welche Moral und Recht scheidet, der Jurisprudenz dieser Periode völlig unbekannt war. In diesem Punkte verlassen, ja irre geleitet von der Philosophie [510]), kann die Jurisprudenz bei ihrer noch geringeren Fähigkeit in Behandlung höchst abstracter Fragen unmöglich in sich selbst die Kraft und den freien Blick gefunden haben, zur Erkenntniß jener Gränzscheide sich zu erheben. Die Bestätigung dieser Thatsache finden wir ebensowohl in einem Hereinziehen rein moralischer Elemente auf das Gebiet des jus naturale, wie des positiven Rechtes, als auch in einzelnen Aeußerungen der Wissenschaft. So wird den Geboten des jus naturale ebensowohl erga deum religio und das parentibus et patriae parere [511]) beigeordnet, wie die Verpflichtung zur Wiedervergeltung einer empfangenen Schenkung [512]) und die Verbindlichkeit des Freigelassenen zur Leistung von operae officiales, d. i. von Liebes- und Ehrendiensten [513]). Nicht minder wird, was das positive Recht betrifft, die causa pietatis durch soluti retentio geschützt [514]), sowie die pietas der Kinder gegen die Eltern als Rechtspflicht anerkannt und erzwungen [515]), während andrerseits eine rechtliche Verpflichtung zur Dankbarkeit sowohl für den Freigelassenen gegen den Patron im Allgemeinen, als für den beschenkten Freigelassenen gegen den Patron als Schenker insbesondere anerkannt und durch Rechts-

---

710) Einen sehr schlagenden Beweis, wie weit die Philosophie jener Zeit von einer theoretischen Scheidung von Recht und Moral noch entfernt war, bietet Senec. de Benef. III, 6—8. Seneca wirft hier die Frage auf: warum giebt es keine Klage gegen den Undankbaren? Die Unzuständigkeit solcher ingrati actio deducirt er mit verschiedenen Argumenten, aber kein einziges derselben enthält den Hauptgrund, der darin besteht, daß die Gewährung der gratitudo, als einer rein moralischen Verpflichtung, sich nicht durch Rechtsvorschriften erzwingen läßt.

511) Pomponius lib. sing. Enchirid. (l. 2. D. de J. et J. 1, 1.)

512) Ulpianus lib. 15. ad Edict. (l. 25. §. 11. D. de hered. pet. 5, 3.).

513) Ulpianus lib. 26. ad Edict. (l. 12. §. 6. in fin. D. de cond. ind. 12, 6.); vergl. Schilling, Inst. §. 283. zu Note d.

514) Julianus lib. 10. Dig. (l. 32. §. 2. D. de cond. indeb. 12, 6.).

515) Ulpianus lib. 1. Opin. (l. 1. pr. D. de obsequ. parent. 37, 15.). Tryphoninus lib. 17. Disput. (l. 10. D. eod.)

mittel realisirbar gemacht wird [516]). Endlich für die Rechtstheorie ist am Bezeichnendsten, daß Ulpian in lib. 1. Instit. (l. 1. §. 1. D. de J. et J. 1, 1.) es für eine Aufgabe des Juristen erklären konnte, die Menschen „bonos efficere“ [517]).

Zwar wird nun andrerseits das honestum und das quod licet ganz bestimmt geschieden [518]), allein die Umwandelung, die der Begriff der honestas des Cicero in dem Munde der Juristen erfuhr, besteht nicht darin, daß die honestas als Moral vom jus sich abgehoben und geschieden hätte, vielmehr bezeichnet bei ihnen honestas ebenso, wie boni mores lediglich den durch die Sitte des bürgerlichen Lebens gebotenen Anstand und die Schicklichkeitsrücksichten, ein Begriff, dessen Sphäre allerdings einen Theil der Moralgebote mit umfaßt, allein andrerseits wiederum theils mehr, theils weniger unter sich begreift, als die Moral [519]).

Sonach können wir mit Bestimmtheit den Satz aufstellen, daß die römischen Juristen das jus naturale von den übrigen

516) Den ersten Punkt betreffend vergl. Puchta Institut. §. 220. Note t. und v., sowie Ulpianus lib. 66. ad Edict. (l. 9. D. de obsequ. 37, 15.); der Schutz des Rechtes auf Dankbarkeit von Seiten des emancipirten Sohnes gehört erst der folgenden Periode an (vergl. l. un. C. de ingrat. liber. 8, 50.); den zweiten Punkt betreffend vergl. Schilling Institut. §. 363. ad not. 9., vergl. auch dens. l. c. not. v. Da jedoch die Dankbarkeit der Natur der Sache nach nicht als Rechtsgebot denkbar ist, so verwandelte sich jenes Gebot ohne Weiteres in die Vorschrift eines bestimmten äußeren Verhaltens, welches man als Criterium der Dankbarkeit ansah; so Commodus bei Modestin. lib. sing. de manumiss. (l. 6. §. 1. D. de agnosc. et alend. 25, 3.), Paulus lib. 1. Sentent. (l. 19. D. de jur. patron. 37, 14.); hiermit aber veränderte sich eben der Character der Verpflichtung.

517) Dagegen nicht unter diesen Gesichtspunkt fällt die Bezeichnung bonum in dem Ausdrucke bonum et aequum, indem eine Beziehung auf die moralische Qualität wenigstens von Vorn herein nicht darin liegt. Bonum et aequum ist vielmehr ein einheitlicher Begriff.

518) So namentlich Modestinus lib. sing. de rit. nupt. (l. 42. pr. D. de R. N. 23, 2. und l. 197. D. de R. J. 50, 17.): Non solum, quid liceat, considerandum est, sed et quid honestum sit.

519) Vergl. namentlich Pomponius lib. 5. ad Sabin. (l. 7. D. de usu 7, 8.) und Papinianus lib. 16. Quaest. (l. 15. D. de condit. instit. 28, 7.). Die Richtigkeit meiner Begriffsbestimmung erhellt fast aus jeder Stelle, daher ich mich begnüge auf die bei Brisson. de V. S. s. vv. gegebenen Belege zu verweisen.

Geboten der Ethik nicht nach dem modernen Gesichtspunkte der Scheidung von Recht und Moral abgränzten, sondern daß jene dabei eine andere Gränzbestimmung annahmen, wobei wir allerdings durch die Beschaffenheit unserer Quellen nicht in den Stand gesetzt sind, mehr als die Vermuthung aufzustellen, daß auch die römische Jurisprudenz dem Einflusse der Lehre der Stoa und Cicero's von den sogen. vier Cardinaltugenden sich untergeordnet habe.

Wie sehr jedoch immer jene Unbekanntschaft der Gränze von Moral und Recht durch ihre Consequenzen die gesunde Entwickelung und Fortbildung des Rechtes zu bedrohen scheint, so haben doch die römischen Juristen — und Nichts spricht mehr als dies für ihren hohen juristischen Tact, — in instinctiver Weise den Fehler vermieden, das Gebiet des Rechtes auf Kosten seiner inneren Harmonie und seines reellen Werthes durch ein Hereinziehen rein moralischer Verhältnisse practisch und thatsächlich erweitern zu wollen. Vielmehr ohne bewußte und klar erkannte Distinction jener beiden Elemente klären sich doch dieselben von einander ab, indem die Moral zwar die im Rechte ihr gebührende untergeordnete Stellung, aber auch nur diese eingeräumt erhielt [520]).

520) Vergl. namentlich Ulpian. lib. 3. ad Edict. (l. 18. D. de poen. 48, 19.): cogitationis poenam nemo patitur; Paulus lib. 39. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. de furt. 47, 2.): sola cogitatio furti faciendi non facit furem.

Drittes Capitel.

Aequitas.

§. 65.

Aequitas im Allgemeinen.

Von dem Zeitalter Cicero's ausgehend, erlangt mit der gegenwärtigen Periode die aequitas eine höhere Wichtigkeit in ihrer Stellung gegenüber dem Rechte, und dies vornämlich dadurch, daß in einer allgemeineren und weitgreifenden Beziehung ihre Bedeutung für das Privatrecht auch von den Organen der Rechtsbildung, wie von den Trägern der Rechtswissenschaft anerkannt und verwirklicht wird. Denn während im Zeitalter Cicero's die vulgäre aequitas nur in einer einzelnen speciellen Richtung von der Wissenschaft adoptirt und gepflegt ward, dagegen in allen übrigen Beziehungen lediglich dem Gesichtskreise der volksthümlichen Anschauung anheim fiel, so tritt nun mit der gegenwärtigen Periode die aequitas frei von der ihr auferlegten Beschränkung in das wissenschaftliche Bewußtsein und in die Sphäre einer doctrinellen Reflexion ein und gewinnt so einen bei Weitem gewichtigeren und weitgreifenderen Einfluß auf das Privatrecht. Dennoch finden wir inmitten der wissenschaftlichen aequitas dieser Periode die specielle aequitas Cicero's wieder, und indem wir somit in dieser einen leitenden Grundidee den Anknüpfungspunkt erkennen, der die Anschauung beider Perioden verbindet, so werden wir nun den Uebergang von der dem Zeitalter Cicero's eigenthümlichen Stellung der aequitas in der Rechtstheorie zu der der gegenwärtigen Periode eigenen wissenschaftlichen aequitas in der Weise vermittelt zu denken haben, daß die wissenschaftlichen Organe der Rechtsbildung jene vereinzelte Beziehung der aequitas in der Theorie des Zeitalters Cicero's allmählig erweiterten, derselben mehr und mehr den

innerlich verwandten, homogenen Stoff beifügten, und so der wissenschaftlichen aequitas schließlich auch die gleiche Sphäre unterbreiteten, welche der vulgären aequitas bereits seit längerer Zeit unbestritten zukam.

Die Herrschaft der aequitas im Allgemeinen giebt sich nun auch in der gegenwärtigen Periode theils thatsächlich, theils durch ausdrückliche Anerkennung derselben, somit also in der zwiefachen Modalität kund, daß ebensowohl unter dem Einflusse derselben die Neubildungen im Rechte in Wirklichkeit erfolgen, als auch im Munde der wissenschaftlichen Organe des Rechtes, wie in den Kundgebungen römischer Wissenschaft und Lebens überhaupt die aequitas vielfach erwähnt und in ihren Wirkungen anerkannt wird. Dort erscheint sie in Wahrheit als das Agens im Processe der Rechtsbildung und als solches läßt sie sich nachweisen vornämlich in den Schöpfungen der Magistrate, der Kaiser und der Juristen; hier giebt sie nur Kunde von dieser ihrer Wirksamkeit, und dies geschieht vornämlich durch die Juristen, in untergeordneter Maaße durch Kaiser, fast gar nicht durch die Magistrate. Vornämlich das Hervortreten der aequitas in dieser letzteren Modalität bezeichnet nun ihre Herrschaft auf dem Gebiete wissenschaftlicher Anschauung und dies allein fällt auch unserer gegenwärtigen Erörterung anheim, da ihre thatsächliche Wirksamkeit dem III. Theile zu überweisen ist. Dagegen hört die vulgäre aequitas auf, den Gegenstand einer selbstständigen und besonders geführten Untersuchung zu bilden; denn weil wir derselben die gleichen leitenden Grundideen, und somit im Wesentlichen den nämlichen Inhalt, wie der wissenschaftlichen aequitas zuzuerkennen haben, so erhebt sich nun die letztere, indem die Wissenschaft nunmehr Trägerin und Repräsentantin der vulgären Rechtsideen wird, zum bewußteren wissenschaftlichen Ausdrucke dieser Ideen, neben dem die volksthümliche Auslassung selbst weder etwas Besonderes bieten, noch ein selbstständiges Interesse in Anspruch nehmen kann. Indem daher die Wissenschaft zur Anschauung des Gesammtinhaltes der vulgären aequitas emporsteigt, werden die Letztere und die wissenschaftliche aequitas wieder congruent, und dies ergiebt, daß die Erstere eine getrennte Untersuchung nicht zu beanspruchen hat.

Bei den Juristen dieser Periode finden wir jedoch eine doppelte, völlig verschiedene Auffassung von der Stellung der aequitas zum Rechte vor, indem einestheils das Letztere mit jener völlig identificirt, anderntheils aber dasselbe als ein von ihr geschiedenes selbstständiges Ganze anerkannt wird.

Die erstere Annahme, welche das Recht in seiner Totalität für übereinstimmend erklärt mit der aequitas, findet sich meines Wissens lediglich in zwei Stellen ausgesprochen, nämlich von Celsus bei Ulpian. lib. 1. Instit. (l. 1. pr. D. de J. et J. 1, 1.):

Jus est ars boni et aequi,

sowie von Ulpian l. c. (l. 1. §. 1. D. cit.), wo jus durch boni et aequi notitia umschrieben wird. Entspräche diesen Begriffsbestimmungen eine besondere Auffassung der aequitas, so würde, indem aller Unterschied derselben vom jus geleugnet wird, damit zugleich die gemeine Vorstellung von der Ersteren verworfen und damit einer neuen Anschauungsweise ein Gebiet eröffnet sein. Allein wir vermögen den vereinzelten Aussprüchen, in denen jene Begriffsbestimmungen inneliegen, nicht einmal die Bedeutung einzuräumen, daß wir hinter denselben eine innere Verbindung mit Cicero's rechtsphilosophischem Begriffe der aequitas anerkennen dürften. Da vielmehr Celsus, wie Ulpian durchaus keine practischen Consequenzen auf jene Identificirung von jus und aequitas stützen, sondern im Uebrigen der Letzteren die nämliche Stellung zum Rechte einräumen, wie alle übrigen Juristen, so haben wir in der That jene Definitionen lediglich auf eine idealisirende Auffassung des Rechtes zurückzuführen, oder richtiger noch, wir haben jene Begriffsbestimmung für eine reine, wahrscheinlich nach Maaßgabe des καλὸν καὶ δίκαιον der Stoiker geförmelte Phrase zu erklären, welche den Mangel einer genügenden Begriffsbestimmung des jus ersetzen sollte [521]). Wenn daher jene Definitionen, wie bemerkt, eine besondere und abweichende Auffassung der aequitas gar nicht vertreten, so können wir dieselben auch ohne Weiteres auf sich beruhen lassen und zu der anderen, allein maaßgebend hervortretenden Anschauung uns wenden, welche die aequitas als selbstständig neben dem Rechte stehende Potenz und zwar ebensowohl

521) Vergl. hierüber §. 93.

in partieller Uebereinstimmung, wie Disharmonie mit demselben anerkennt.

§. 66.

Die von der aequitas vertretenen Rechtsprincipien.

Die aequitas, als eine selbstständig neben dem Rechte stehende Potenz, vertritt die jüngste Rechtsanschauung der römischen Nation, wie solche unabhängig von dem gegebenen Rechte im Verlaufe der Zeiten und unter der Einwirkung der Verhältnisse jeweilig sich gestaltete (§. 4.). Daher lassen sich die Postulate der aequitas nicht a priori bestimmen, sondern lediglich auf empirischem Wege erkennen: das Maaß der Anforderungen der aequitas und deren Richtung liegt lediglich dem Zeitgeiste inne, bedingt durch den Standpunkt, den die Nation in ihrer organischen Entwickelung, den der römische Volksgeist in seinem Perfectionsprocesse erreicht hat.

Der eigenthümliche Geisteszug, welcher die gegenwärtige Periode im Allgemeinen characterisirt und insbesondere auch in der Rechtsanschauung sich kund giebt, war aber bedingt durch Thatumstände, welche bereits in früheren Jahrhunderten allmählig zu Tage traten und nach und nach, an Ausbreitung und Zahl zunehmend (§. 4.), auch an intensiver Kraft gewannen. So erlangen jene äußeren Umstände einen Einfluß auf die von Alters herrschende Ideenrichtung der Römer, der, wenn auch fast unsichtbar und nur allmählig einwirkend, doch unwandelbar und stetig den Zeitgeist afficirt, nach einer neuen, ganz bestimmten Richtung hinlenkt, und schließlich zu einer tiefgreifenden Umgestaltung der gesammten Anschauungsweise der Nation führt. Die Kundgebungen dieses Einflusses nehmen wir bereits in der vorigen Periode in mannichfachen Spuren wahr; in der gegenwärtigen Periode tritt sein stilles Wirken allgemeiner und deutlicher hervor und giebt sich insbesondere in der hier fraglichen Beziehung in einer fast totalen Umwandlung der Rechtsanschauung der Römer kund. Namentlich ist es hierbei die griechische Philosophie, deren läuternder und aufklärender Einfluß mit der gegenwärtigen Periode allgemeiner und bestimmter und mit voller Kraft zu Tage tritt und der in seinen weitgreifenden Folgewirkungen auf den römischen Volksgeist auch gegenüber der aequitas sich zu erkennen giebt (Vergl. §. 4. 44. sq.).

So nun cultivirt in Folge des Krieges und des wissenschaftlichen, wie commerciellen Verkehres mit auswärtigen Nationen; geläutert durch fremde Wissenschaft und Kunst, durch fremde Sitten und Lebensanschauungen; zu höchster intellectueller Bildung namentlich durch die eindringenden Forschungen der griechischen Philosophie erhoben, schreitet jetzt der Geist Roms auf den Trümmern der Freiheit der Republik und inmitten des Verfalles von Tugend und Sitte vorwärts, zu größerer Unbeschränktheit der Anschauung, zu vollkommenerer Freiheit der Idee, zu seiner letzten Vollendung auf dem Gebiete der Wissenschaft und Kunst sich zu erheben. Allenthalben die herrlichsten Früchte hervorbringend, führt dieser neue Geist insbesondere auf dem Gebiete des Rechtes zu einer völlig veränderten Anschauung und erzeugt Ideen, welche vornämlich von den Juristen in ihren Responsen, von den Magistraten in ihren Edicten, von den Kaisern in ihren Constitutionen zu deutlicherem Bewußtsein emporgehoben, in Worten verkündet und so in naturgemäßem Kreislaufe wiederum ihrer Quelle zu lichterer Vorstellung zurückgeführt werden. So erwuchs und so ward erkannt die aequitas im Rechte, — ein Element, welches, ein ächtes und wahres Kind des Volksgeistes, mit lebensfrischem Hauche das jus durchdrang, und mit einem freieren, jener alten Neuzeit entsprechenden Geiste die Rechtsbildung befruchtete, und versöhnend den Zwiespalt zwischen dem Rechtsbewußtsein der Nation und dessen eigener Schöpfung vermittelte.

Der Strom dieser neuen Rechtsideen ergoß sich in reicher und schwellender Fülle — scheinbar in buntem, regellosem Wirbel, als ungeordnetes Chaos. Allein dem aufmerksameren Beobachter wird nicht entgehen, daß nicht allein jener Strom eine ganz bestimmte gegebene Richtung unwandelbar verfolgt, sondern daß auch inmitten jener weitgreifenden Bewegung mehrere einzelne leitende Ideen hervortreten und als partielle Strömungen in der großen Fluthung sich abgränzen.

Jenen letzten und allgemeinsten Gedanken darzulegen, der als leitender die gesammte Rechtsbildung dieser Neuzeit beherrscht und ihre Richtung bestimmt, dies muß dem IV. Theile überlassen bleiben; dagegen diese einzelnen Richtungen, welche durch mehr specielle und weniger abstracte Grundideen getragen

werden, haben wir gegenwärtig nachzuweisen, insoweit sie sich in der Ausdrucksweise des Alterthumes kund geben, während ihre practische Verwirklichung zu beobachten dem III. Theile anheimfällt.

Fünf Hauptrichtungen sind es, in denen die aequitas dieser Periode in der Rechtsbildung sich offenbart, wie auch verwirklicht:

1. In dem Principe der Berücksichtigung der auf die Blutsverwandtschaft und Ehe gestützten Verbindungen, von Gajus lib. 16. ad Edict. prov. als sanguinis ratio, von Ulpianus lib. 2. ad l. Ael. Sent. als ratio cognationis [522]) bezeichnet;

2. In dem Principe der Aufrechterhaltung derjenigen Verpflichtungen, die man im rechtlichen Verkehre durch Treu und Glauben geboten erachtete;

3. In dem Principe der Zutheilung und Aberkennung von Vortheil und Nachtheil, und insbesondere von Gewinn und Verlust nach dem durch die Verhältnisse gegebenen Maaßstabe von Angemessenheit;

4. In dem Principe der Freiheit der Willenserklärung von positiv und gesetzlich gegebener Form, wie überhaupt der Prävalenz der Willensbestimmung gegenüber der Willenserklärung, ein Princip, welches von Papinianus lib. 6. Respons. voluntatis ratio genannt wird [522]); endlich

5) In dem Principe der Berücksichtigung der Individualität der concreten Verhältnisse.

Auf der ersten Tendenz beruhen z. B. das S. C. Orphitianum und Tertullianum, das prätorische Erbrecht, die Mehrzahl der Gründe des beneficium competentiae [523]) u. a. m.; auf die zweite stützen sich die meisten obligationes naturales; der dritten gehören ebenfalls einzelne Fälle der obligationes naturales, sowie überhaupt alle die Consequenzen an, welche man auf den Satz stützte: nemo cum alterius damno locupletior fiat; der vierten fällt zunächst die allmählige Beseitigung der solemnitates juris anheim; sodann die Berücksichtigung von error und metus bei den Handlungen und bei den Rechtsgeschäften insbesondere,

522) S. Beilage IV. §. 4.

523) Vergl. namentlich Ulp. lib. 31. ad Edict. (l. 63. pr. D. p. soc. 17. 2.).

sowie die Repression von fraus und vis im Allgemeinen; nicht minder die Interpretation von Gesetzen, wie Rechtsgeschäften nach dem Gedanken des Constituenten; endlich die fünfte Tendenz giebt sich kund in dem Streben, den Richter, wie den Cognoscirenden überhaupt in die Lage zu setzen, die Individualität des concreten Verhältnisses in höherer und ausgedehnterer Maaße zu berücksichtigen, und hierauf beruhen einestheils die condemnationes infinitae und cum taxatione, sowie anderntheils der Vorbehalt der Cognition über eine justa causa u. dgl.[324]).

Im Einzelnen nun ist der Character jener fünf Principien wesentlich verschieden; denn sehen wir ab davon, daß, indem der Maaßstab für alle jene Principien zunächst immer nur in der Anschauung der Nation gemeinsam beruht, doch bei dem ersten und vierten Principe eine absolute oder resp. natürliche Basis deutlicher hervortritt, so waltet namentlich eine wesentliche Verschiedenheit darin ob, daß die ersten vier material, dagegen das fünfte an sich formal ist, und daß somit, hierdurch bedingt, die ersteren den Schwerpunkt ihrer practischen Bedeutung in der Rechtsbildung, das letztere aber solchen in der Rechtspflege findet. Denn jene ersten vier Principien wirken ganz unmittelbar- und positiv gestaltend, in Wahrheit material bestimmend: die Rechtsmaterie wird unter ihrem Einflusse substantiirt und geschaffen, indem die einzelnen Rechtsinstitute und Rechtssätze nach Maaßgabe dieser vier Principien sich gestalten und so als die Abbilder dieser dieselben in concreter Fassung und weniger allgemeiner Beziehung reproduciren. Dagegen das fünfte Princip wirkt an sich in rein formaler und negativer Weise auf die Materie des Rechtes ein; denn da das Recht im Allgemeinen mit Nothwendigkeit seine Satzungen dem Principe des Absoluten unterordnen muß (vergl. §. 1.), so vermag auch der Gesetzgeber jenes fünfte Princip nicht unmittelbar durch Stoffbildung und in der Weise zu verwirklichen, daß er durch Rechtssätze (durch lauter constitutiones personales) in detaillirender Maaße jedes einzelne concrete Verhältniß besonders normirte, sondern er vermag nur mittelbar und nur in negativer Weise diesen Zweck zu erreichen, indem er eine Lücke

---

324) Vergleiche zu Alle dem §. 61. u. 64.

oder einen freien Raum in den Rechtsbestimmungen offen läßt, innerhalb dessen das richterliche Ermessen die der Individualität des concreten Falles angemessene Regel schafft. Hierdurch bedingt erlangen daher in Bezug auf die Legislation nur die ersten vier jener Principien einen positiv gestaltenden Einfluß, daher nur sie der Wahrnehmung deutlicher entgegentreten, während das fünfte jener Principien um seiner in Bezug auf die Legislation rein negativ sich äußernden Bedeutung willen weniger in seiner Beziehung zur Rechtsbildung, als vielmehr zur Rechtspflege der Anschauung sich darbietet. Dennoch ist gerade für das römische Recht dieser letztere Satz wiederum insofern einer wesentlichen Modification zu unterwerfen, als gerade zu Rom in Folge der ganz eigenthümlichen Gestaltung der legislativen Verhältnisse in der That die Seitens der Kaiser durch die Rescripte, wie Seitens der Juristen durch die Responsen gegebenen Rechtssatzungen sehr häufig reine Specialverfügungen bezüglich des concreten Rechtsfalles, somit an sich wahre constitutiones personales waren, in Folge dessen aber das fünfte Princip nicht bloß in jener normalen, negativ gestaltenden Weise auf das zu allgemeiner Nachachtung gesetzte Recht, sondern auch in positiv influirender Weise auf die zunächst für den concreten Fall gegebene Norm einwirkte. Hierin liegt aber der Grund, weßhalb die Bedeutung der aequitas, insoweit sie das fünfte Princip vertritt, für die Rechtsproduction zu Rom in der That eine doppelte ist, jene negative und formale nämlich, welche ihr allenthalben und normaler Weise inwohnt, und diese positive und materiale, welche lediglich durch die besondere historische Gestaltung der legislativen Verhältnisse zu Rom gegeben war. Auf diesen letzteren Punkt namentlich werden wir in §. 75 noch besonders zurückkommen, wir heben denselben jedoch bereits hier nachdrucksvoll hervor, um die doppelte Stellung der dieses fünfte Princip vertretenden aequitas in den Quellen anzudeuten und somit das Verständniß der in §. 73 zu gebenden Belegstellen bereits hier vorzubereiten durch den Hinweis, daß diese Stellen wiederum alternativ unter der Herrschaft dieser doppelten Bedeutung des fünften Principes stehen.

So erkennen wir hiermit eine wesentlich verschiedene Stellung jener fünf Principien: in Vertretung der ersten vier der-

selben ist die aequitas im Munde des Gesetzgebers eine positive Größe und ein materiales Princip, das auf den normativen Stoff des Rechtes schaffend und gestaltend einwirkt; in Vertretung des fünften Principes dagegen ist die aequitas im Munde des Gesetzgebers normaler Weise nur eine negative Größe und rein formales Princip, das nicht ein bestimmtes aequum et bonum selbst schon hinstellt, sondern erst in der Hand des Richters diesen productiven Character annimmt; allein indem zu Rom die Organe der Rechtsbildung in der That auch eine ganz singuläre Stellung einnahmen, welche durch ihre Berücksichtigung der besonderen Beziehungen des concreten Falles der Stellung des Richters verwandt erscheint, so gewinnt insoweit auch das fünfte Princip zu Rom die Bedeutung eines positiven und stoffbildenden Principes für die Organe der Rechtsbildung.

In Bezug auf die Rechtspflege dagegen äußern jene fünf Principien lediglich innerhalb der bezeichneten, durch die legislative Anwendung des fünften Principes gegebenen Gränze einen Einfluß, da außerhalb des hierdurch gebotenen freien Raumes der Richter lediglich die abstract gegebene Regel in concreto anzuwenden, nicht aber neue Normen zu constituiren hat. Nur da somit, wo jener freie Raum für eigene Rechtsschöpfung durch den Gesetzgeber dem Cognoscirenden offen gehalten ist, nur da können jene fünf Principien auf die richterliche Entscheidung einen selbstständigen Einfluß ausüben; allein selbst dann wirkt principiell und primär in der That nur das fünfte Princip, während die übrigen vier Principien lediglich secundär und auch nicht ausschließlich in Frage kommen. Denn den leitenden Gesichtspunkt des Richters bildet dann immer nur die Individualität des zu beurtheilenden Verhältnisses und erst in weiterer Folge kommen dann die vier ersten Principien ebenso, wie jeder andere sachliche Gesichtspunkt in Betracht als die den Inhalt des Urtheiles selbst bestimmenden Momente.

Endlich eine bisher noch nicht berücksichtigte Sonderstellung nimmt das vierte Princip insoweit ein, als es lediglich Interpretationsprincip oder richtiger materiales Princip der Apperception des Rechtes ist, indem es hier bezüglich eines Jeden, der auf die Kenntniß des gegebenen Rechtes irgend welche Thätigkeit stützt, in gleicher Weise sich äußert, wie von Wichtigkeit erscheint.

In Bezug auf die Handlungsweise des Rechtssubjectes aber wohnt jenen fünf Principien, sobald wir denselben eine präceptive Fassung geben, die Bedeutung von den praecepta der aequitas inne; allein gerade in dieser Beziehung ist ihre Berücksichtigung in den Quellen eine ganz untergeordnete (vergl. §. 64).

So nun ist die Hauptbedeutung jener fünf Principien eine legislative; und gleich wie in hundertfältigen Kundgebungen jene fünffache Richtung in den Rechtssatzungen und Institutionen practisch sich verwirklicht, so findet solche Anschauungsweise auch in Wort und Schrift ihren lebendigen Ausdruck. Denn sehen wir ab von dem Postulate einer klaren, bestimmten und bewußten abstracten Darlegung jener Principien, eine Anforderung, der die römischen Juristen in der That nur vereinzelt, im Allgemeinen aber in sehr unvollkommener Maaße genügen, so haben wir doch immerhin anzuerkennen, wie die verschiedenen Aussprüche der Juristen eine durchgreifende und allgemein herrschende concrete Anschauung jener Principien und eine, gegenüber den einzelnen Erscheinungsformen zu voller Bestimmtheit sich entwickelnde besondere Vorstellung kundgeben; ja der Einfluß jener leitenden Grundideen auf die Geister ist so bedeutend, daß wir in der That verhältnißmäßig nur sehr wenige Stellen bei den Juristen dieser Periode vorfinden, in denen die aequitas ohne Beziehung zu einem jener Principien erschiene. Zwar kann andrerseits das Vorkommen von Stellen, in denen solcher Zusammenhang mangelt, nicht verkannt werden, ja dasselbe ist nothwendig bedingt theils durch die individuelle Anschauung des Respondenten, sowie insbesondere dadurch, daß namentlich die Rechtsbildung durch die Constitutionen der Kaiser weniger direct unter dem Einflusse der leitenden volksthümlichen Grundideen stand und deren weniger bestimmt sich bewußt wurde, in Folge dessen aber hier die aequitas einen mehr particulären, wie andrerseits auch einen mehr vagen und ihres Inhaltes sich weniger klar und deutlich bewußten Character annimmt; theils endlich dadurch, daß immer neue Principien in der Anschauung zu Tage traten und der aequitas überwiesen wurden, ohne daß innerhalb der Periode der Rechtsbildung, die wir überschauen, die wissenschaftliche Vorstellung dieselben allgemein appercipirt oder zu vollkommenem Bewußtsein verarbeitet oder sachlich zum

Abschlusse gebracht hätte, so daß derartige Principien nur unvollkommen ausgeprägt oder nur vereinzelt in den Quellen erscheinen. Allein immerhin sind derartige Aussprüche verhältnißmäßig nur selten, indem bei Weitem die meisten der die aequitas betreffenden Quellenstellen unter der mehr oder minder directen Herrschaft der genannten fünf Principien stehen. Diese aber stellen sich somit dar als die leitenden Grundideen, welche, obwohl nicht zu vollkommener Allgemeinheit des Begriffes in der Vorstellung verarbeitet, so doch bei Anschauung der concreten Verhältnisse bestimmt und durchgreifend zu Tage treten, und welche somit als die höheren Einheiten die Vielheit der specielleren Sätze der aequitas bestimmend beherrschen.

§. 67.

Besondere Erscheinungsformen der aequitas.

Jedes der fünf verschiedenen Principien, deren Vertretung wir der aequitas überwiesen haben, steht zum Rechte entweder in dem Verhältnisse, daß es im Letzteren vollständig verwirklicht ist, oder daß es in diesem nur theilweis vertreten wird, oder daß es gar nicht vom Rechte anerkannt wird und diesfalls das dem betreffenden Principe entgegengesetzte Princip ausschließlich im Rechte herrscht. Das zweite dieses dreifachen Verhältnisses waltet in dem Rechte dieser Periode ob, und indem nun nach der Anschauung der römischen Jurisprudenz die Postulate der aequitas auf jene fünf Principien auslaufen, so treten auch jus und aequitas, insoweit sie mit Rücksicht auf den Inhalt ihrer Postulate neben einander gestellt werden, in der Regel vornämlich mit Rücksicht auf diese fünf Principien einander gegenüber.

Die Modalität selbst dieser Gegenüberstellung ist aber wiederum eine doppelte: entweder es stehen jus und aequitas lediglich durch und in der Verschiedenheit ihrer Postulate, sowie, in letzter Potenz, ihrer Principien einander gegenüber: dann tritt die volksthümliche und wissenschaftliche Rechtsüberzeugung dem Rechte, der Inhalt in seiner Totalität dem verschiedenen Inhalte gegenüber, und indem einerseits die aequitas als ihr Postulat eines jener fünf Principien oder einen daraus abgeleiteten Folgesatz, andrerseits das jus einen demselben wider-

streitenden oder auch damit übereinstimmenden Satz aufstellt, so erscheint dieser Streit- oder Vereinigungspunkt Beider nur als vereinzelter Moment innerhalb des Gesammtinhaltes, den Beide aufstellen.

Von dieser Anschauung abwärts erleidet jedoch jenes Verhältniß eine Veränderung, sobald jus und aequitas in der Modalität einander gegenübergestellt werden, daß unter aequitas nicht mehr unmittelbar der Inbegriff der durch die Rechtsüberzeugung gebotenen gesammten Normen, sondern lediglich nur eines jener gegebenen fünf Principien verstanden wird. Denn dann erscheint die aequitas gerade nur als Inbegriff des in concreto in's Auge gefaßten einzelnen Principes.

Diese für die erste Periode so überaus wichtige Distinction, auf welche wir in §. 5 die Bezeichnungen generelle und specielle aequitas stützten, findet sich auch, obwohl nicht mit der nämlichen Sicherheit erkennbar, bei den Juristen dieser Periode vor. So sagt z. B. Pomponius lib. 21. ad Sabin. (l. 14. D. de cond. indeb. 12; 6.):

Hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem,

und überweist hiermit der aequitas einen Rechtssatz, der einfach als einzelnes Gebot derselben, als Theil ihres Gesammtinhaltes sich darstellt, und somit dieselbe als die generelle aequitas erscheinen läßt.

Anders verhält sich dies, wenn Papinianus lib. 8. Quaest. (l. 66. D. eod.) sagt:

Haec condictio ex aequo et bono introducta;

Denn wenn auch keineswegs verkannt werden mag, daß auch in dieser Stelle die aequitas in der nämlichen Weise aufgefaßt sein kann, wie in der obigen des Pomponius, so läßt doch der Umstand, daß die Condictionen aus einem rechtlosen Haben mehrfach auf den von Pomponius ausgesprochenen Grundsatz zurückgeführt werden, als weit wahrscheinlicher die Annahme erscheinen, daß Papinian unter dem aequum et bonum lediglich den Grundsatz selbst: neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem, verstand und daß somit die aequitas hier lediglich als Repräsentantin des dritten der in §. 66 hervorgehobenen fünf Principien und sonach als specielle aequitas erscheint.

So finden wir, daß in der Anschauungsweise dieser Periode in gleicher Maaße, wie bei Cicero neben der generellen auch eine specielle aequitas zu Tage tritt; allein während bei Cicero diese Distinction von hoher Bedeutung für uns sein mußte, weil in jener Periode die gesammte wissenschaftliche aequitas eine lediglich specielle, um deßwillen aber jene Unterscheidung unentbehrlich war, so hat mit der gegenwärtigen Periode die Wissenschaft den gesammten durch die Volksanschauung gebotenen Stoff in sich aufgenommen und ist somit thatsächlich und wirklich eine generelle aequitas geworden. Daher verbindet sich in der gegenwärtigen Periode jene Distinction nicht mehr mit einem reellen Unterschiedensein, nicht mehr mit der thatsächlichen Verschiedenheit des Inhaltes der vom Volke und der von der Wissenschaft getragenen aequitas, sondern jene Verschiedenheit ist nunmehr lediglich noch eine ideelle, gegeben durch die Besonderheit der Auffassung und Vorstellung des betreffenden Juristen.

Hiermit aber verliert jener Gegensatz der generellen und speciellen aequitas für uns alle höhere Bedeutung und tritt heraus aus der Zahl der die Richtung unseres Blickes bestimmenden Objecte.

§. 68.

Terminologie.

In der die aequitas betreffenden Terminologie erkennen wir vornämlich sechs verschiedene Gruppen von Gegensätzen, deren erste durch die Bezeichnungen von jus und aequitas (als Inbegriff des aequum et bonum) gebildet wird.

Hieran schließt sich unmittelbar an der vornämlich der Rechtsbildung durch die Kaiser geläufige Gegensatz von ratio juris und ratio aequitatis oder aequitas (als Inbegriff der Principien des aequum et bonum), sowie von rationes juris und aequitatis, der darauf beruht, daß hier die Principien selbst der aequitas den Principien des Rechtes gegenübergestellt [525]) und so der Gegen-

525) Vergl. Beilage IV. §. 2 sq. Hierher gehört auch scripti juris ratio (s. Gajus lib. 1. de testam. ad Edict. Praet. in §. 73.), die indeß in der einzigen Stelle, wo sie sich findet, nur auf das fünfte Princip bezogen werden kann, obgleich sie unzweideutig einer das vierte Princip besonders betreffenden Terminologie entstammt.

satz von aequitas und jus in einer etwas veränderten Beziehung reproducirt wird.

Allein von diesem nämlichen Gesichtspunkte aus entwickelt sich der Gegensatz zu einer noch anderen Form des Gedankens und Ausdruckes, indem man jene ratio nicht bloß ihrem allgemeinen Wesen nach auffaßt und hinstellt, sondern dieselbe zugleich auch in ihren qualitativen Beziehungen näher characterisirt. Zunächst in der ratio juris erkannte man als deren Eigenthümlichkeit einestheils eine utilitas, worüber s. §. 77, anderntheils aber vornämlich einen rigor, eine subtilitas, ein strictum, und mit Rücksicht hierauf ward nun ebensowohl das betreffende Princip des Rechtes oder deren Gesammtheit, in denen das jus der aequitas gegenübertritt, als rigor juris, subtilitas juris, subtilis oder stricta ratio, mitunter auch als severitas[526]) bezeichnet, das Recht selbst aber strictum oder subtile jus benannt, wie endlich auch jus und aequitas in beschreibender Weise entsprechend characterisirt, so von Donatus in Terent. Adelph. I, 1.:

Inter jus et aequitatem hoc interest: jus est, quod omnia recta et inflexibilia exigit; aequitas est, quae de jure multum remittit[527]).

Denn in dem rigor wird das Recht als die geradaus laufende, beugungslose Linie[528]), somit in seinem unbeugsamen Wesen hervorgehoben; dagegen in der stricta ratio wird das Recht nach dem ihm inwohnenden Gebundensein an seine eigene Consequenz aufgefaßt, während das in der subtilitas zu Tage tretende Urtheil über den Character des Rechtes dem Letzteren den Vorwurf kleinlicher Pedanterie macht.

Andrerseits dagegen wird als das dem rigor juris oder der subtilitas oder der stricta ratio correspondirende Attribut der aequitas die humanitas oder benignitas aufgefaßt[529]), daher diese

---

526) Hierher gehört auch Serv. in Aen. I, 544.: Pietas pars justitiae est, sicut severitas, sowie die Note 527. citirten Stellen.

527) Vergl. namentlich auch Philippus in l. 6. C. de hered. inst. 6, 24. (s. §. 72. fin.), und ähnlich auch Ulpianus lib. 29. ad Edict. (l. 9. §. 2. D. de S. C. Maced. 14, 6.).

528) Vergl. Rudorff, Schriften der röm. Feldmesser II, p. 432.

529) In gleichem Sinne, obwohl nur selten, scheint benevolentia gebraucht worden zu sein; vergl. z. B. §. 23. J. de leg. 2, 20.

in gleichem Verhältnisse zur aequitas[530]), wie der rigor und dergl. zum jus stehen. Somit bezeichnen humanitas und benignitas ebensowohl die durch die Principien der aequitas begründete Eigenthümlichkeit derselben, wie die qualitative Beschaffenheit der ratio aequitatis, daher z. B. Modestinus lib. 8. Respons. (l. 25. D. de legg. 1, 3.) aequitatis benignitas sagt und Paulus lib. 23. Quaest. (l. 84. D. de hered. instit. 28, 5.) aequitatis ratio und humanitas identificirt. Während daher die deutsche Ausdrucksweise nur die unmittelbare Gegenüberstellung von Recht und Billigkeit kennt, kennen die Römer noch besondere Formen dieses Gegensatzes, in denen jus und aequitas nicht unmittelbar, sondern theils in und durch ihre Principien im Allgemeinen einander gegenübertreten, theils in derjenigen Qualität, welche um dieser Principien willen dem jus, wie der aequitas characteristisch ist.

In der vierten Gruppe lehnt sich der Gegensatz von jus und aequitas an die betreffenden Vehikel der fünf Principien an, so daß diejenigen thatsächlichen Beziehungen, welche durch das

---

530) Hiernach ist die Frage, ob humanitas und benignitas mit der aequitas, wie severitas mit der ratio juris gleichbedeutend sind, dahin zu beantworten, daß jene, insofern sie als Attribute dieser gedacht und gebraucht sind, die aequitas resp. das jus vertreten und insoweit mit derselben gleichbedeutend sind. Ueber diesen inneren Nexus hinaus hört jedoch jene Gleichheit auf, indem dann benignitas, wie humanitas die selbstständige Bedeutung von clementia, von Wohlwollen, Milde, Menschlichkeit, severitas die Bedeutung von Strenge annehmen. So erscheint z. B. die benignitas rein selbstständig bei der Interpretation von Rechtssätzen, welche dem in Frage stehenden Subjecte nachtheilig sind, so z. B. bei Marcellus lib. 29. Dig. (l. 3. D. de his quae in testam. 28, 4. und l. 192. §. 1. D. de R. J. 50, 17.), Pomponius, lib. 16. ad Sabin. (l. 9. D. de pact. dot. 23, 4.), Scaevola, lib. 12 Epist. (l. 112. §. 1. D. de condit. 35, 1.); Gajus, lib. 3. de legat. (l. 56. D. de R. J. 50, 17.), Paulus Sent. rec. IV, 12, 5. Ulpianus lib. 2 Respons. (l. 16. D. de donat. 39, 5.), Antoninus in l. 1. C. de necess. serv. 6, 27., insbesondere aber bei Zumessung der Strafe, so bei Tryphoninus lib. 17. Disput. (l. 15. D. de bon. libert. 38, 2.), Marcian, lib. 2. de public. jud. (l. 11. pr. D. de poen. 48, 19.), Paulus, lib. 65. ad Edict. (l. 155. D. de R. J. 50, 17.). Vergl. vornämlich wegen severitas, clementia und benignitas Marcianus in lib. 2. de publ. jud. (l. 11. pr. D. de poen. 48, 19.); wegen severitas ferner Ulpian lib. 45. ad Edict. (l. 14. §. 4. D. de bon. libert. 38, 2.) u. a. m.

betreffende Princip der aequitas oder des jus verwirklicht werden, und die sonach den Schwerpunkt dieser Principien selbst bilden, zunächst einander unmittelbar gegenübertreten, und so in weiterer Folge wiederum den Gegensatz dieser Principien, und in letzter Instanz den Gegensatz von jus und aequitas selbst repräsentiren. Dieser rein sachliche Gegensatz unterliegt indeß einer so unendlichen Mannichfaltigkeit des Ausdruckes, daß der Versuch einer erschöpfenden Darlegung desselben ungeeignet erscheint. Als Beispiel mag jedoch dienen, wenn der Widerstreit von jus und aequitas im vierten Principe, also in der Prävalenz von Wort und Willen durch die Gegensätze bezeichnet wird: sententia legis und verba, sententia und scriptura von Callistratus lib. 1. Quaest. (l. 15. §. 3. D. de leg. Corn. de fals. 48, 10.); verborum figura und mens von Javolenus lib. 7. Epist. (l. 116. D. de V. S. 50, 16.); verba und sententia edicti von Ulpian lib. 3. ad Edict. (l. 7. §. 2. D. de jurisd. 2, 1.); contextus verborum scripturae und mens von Modestinus lib. 10. Respons. (l. 44. D. de manum. testam. 40, 4.); τὸ ῥητὸν und ἡ διάνοια von demselben lib. 4. Excusat. (l. 13. §. 2. D. de excus. 27, 1.); verba legis und sententia von Antoninus in l. 3. C. ad l. Jul. de adult. 9, 9. u. dergl. m. Hierher gehört ferner der logisch unrichtige Gegensatz, welcher den beim fünften Principe, also hinsichtlich des Absoluten und Relativen obwaltenden Widerstreit von jus und aequitas durch die Gegenüberstellung von jus und factum bezeichnet, worüber vergl. §. 76 fin.

Endlich die fünfte Gruppe im Gegensatze von jus und aequitas wird gebildet durch die specielle Gegenüberstellung der denselben anheimfallenden einzelnen Principien (z. B. ratio sanguinis, voluntatis, s. §. 66.), wie der einzelnen speciellen Rechtssätze, Rechtsinstitute, legislativen Producte u. dergl. [531]), während die sechste Gruppe auf der in §. 69. näher zu erörternden Verbindung der aequitas mit dem jus naturale, des jus mit dem jus civile beruht, indem hierdurch neben den obigen Bezeichnungen die Gegensätze von aequitas naturalis und aequitas civilis, von ratio naturalis und ratio civilis, juris civilis ratio in das

531) Die Beispiele s. weiter unten.

Gebiet des Gegensatzes von aequitas und jus hineingetragen werden.

Alle diese Gruppen von Gegensätzen treten in dem Sprachgebrauche der Römer hervor; allein die Letzteren selbst sind weit entfernt, hierin die von uns beobachteten Rücksichten formaler Regelmäßigkeit als Gesetz zu befolgen, indem sie vielmehr in der freiesten Willführlichkeit die den verschiedenen Gruppen angehörigen Glieder einander gegenüberstellen und so alle möglichen Combinationen in ihrem Sprachgebrauche zu Tage treten lassen. So stellt z. B. Paulus in lib. 6. Quaest. (s. §. 69.) naturalis ratio und jus (6. u. 1. Gruppe) einander gegenüber; ferner Papinian in lib. 5. Respons. (s. §. 72.) subtilitas juris und bonum et aequum (3. u. 1. Gruppe); Modestinus in lib. 8. Respons. (s. §. 74.) juris ratio und aequitatis benignitas (2. und 3. Gruppe); Gaj. III. §. 137. (s. §. 72.) das bonum et aequum und alium stipulari, alium promittere (1. und 5. Gruppe); Paulus in lib. 71. ad Edict. (s. §. 74.) innerhalb der fünften Gruppe das jus civile und die naturalis aequitas; Ulpianus in lib. 48. ad Sabin. (s. §. 72.) die subtilitas juris und doli exceptio (3. und 5. Gruppe); Julianus in lib. 29. Digest. (s. §. 72.) die subtilis juris regula und voluntas testantis, sowie Ulpian fr. XXV. §. 1. (s. §. 72.) den rigor juris civilis und die voluntas (3. und 4. Gruppe); endlich Gajus II, 197. 198. Ulp. XXIV, 11. das jus civile und S. C. Neronianum, Gaj. II, 255. das jus civile und S. C. Trebellianum; Ulp. XVII, 19. das jus civile und die lex Junia; Gaj. II, 206. Ulp. XXIV, 12. 13. das jus civile und die lex Julia et Papia Poppaea (5. und. 6. Gruppe). Zu diesen irregulären Gegenüberstellungen gehört auch der Gegensatz von strictum jus und bona fides, in den Bezeichnungen stricti juris und bonae fidei judicia u. dergl., indem der Ausdruck strictum jus der dritten Gruppe, die bona fides dagegen einem noch nicht in Betracht gezogenen Gegensatze angehört, in welchem die der aequitas entsprechende Gesinnungs- und Handlungsweise des Individuum, die bona fides, dem dolus malus, als der der Ersteren widerstreitenden Gesinnung gegenüber steht, worüber s. unten.

Aus Alle dem ergiebt sich nun, wenn wir von diesen allerdings häufigen Anomalien der Ausdrucksweise, wie von der vierten und fünften Gruppe der Gegensätze absehen, nachstehende Terminologie.

Als Inbegriff der Gebote der rechtlichen Ueberzeugung, als Gesetz des aequum et bonum finden sich die Bezeichnungen: aequitas und jus naturale, sowie aequum et bonum, bonum et aequum, aequum u. dergl., und allen diesen steht gegenüber: das jus, jus civile, strictum jus, subtile jus, und, in einer speciellen Beziehung, auch merum jus[532]), sowie anderntheils das iniquum. Mehr abstract aufgefaßt, als die Summe der Gebote des aequum et bonum und als dessen leitende Idee, somit als maaßgebendes Princip des aequum et bonum von diesem selbst als eigener selbstständiger Begriff abstrahirt, wird jene bezeichnet: im Allgemeinen als aequitas oder naturalis aequitas, ratio aequitatis, ratio naturalis, wozu den positiven Gegensatz bildet: die justitia[532a]), aequitas civilis[533]), ratio juris[534], ratio civilis, juris civilis ratio[535]), sowie scripti juris ratio[536]), während den negativen Gegensatz die iniquitas bildet; im Besonderen heißt dieses Princip: humanitas, benignitas, humanitatis ratio und den Gegensatz bildet der juris rigor, die subtilitas, vereinzelt auch die severitas, stricta ratio, subtilis ratio. Ueberdem wird die aequitas auch in objectiver Beziehung angewendet in der Bedeutung von Uebereinstimmung einer Satzung oder eines Institutes mit den Postulaten der obigen aequitas, so z. B. aequitas compensationis, actionis, judicii, restitutionis, u. dergl., worüber s. Brisson. de V. S. s. v. aequitas. Als rein qualitative Bezeichnungen dienen die Ausdrücke: aequum, bonum et aequum, aequum et bo-

---

532) Wegen merum jus vergl. unten §. 76. Note 571.

532a) So bei Tryphonin lib. 9. Disput. (l. 31. §. 1. D. depos. 16, 3.)

533) Bei Labeo in l. 1. pr. D. si is qui testam. 47, 4. f. §. 71.

534) Ratio juris in Nebeneinanderstellung mit ratio aequitatis s. §. 74. Ohne diese Nebeneinanderstellung findet sie sich bei Julianus lib. 27. Dig. (l. 15. D. de legg. 1, 3.), lib. 44. Defin. (l. 33. pr. D. de usurp. 41, 3.), Gajus lib. 1. Manumiss. (l. 25. D. de manum. 40, 1.) Papinianus lib. 2. Quaest. (l. 33. D. de poen. 48, 19.), Paulus lib. 54. ad Edict. (l. 14. D. de legg 1, 3. und l. 141. D. de R. J. 50, 17.), Antoninus in l. 2. C. de hered. 4, 39., Caracalla und Geta bei Papinian. lib. 2. Quaest. (l. 33. D. de poen. 48, 19.), Gordianus in l. 1. C. ne fisc. vel resp. 2, 18. S. auch §. 99. Note 628.

535) Vergl. §. 58. Note 470.

536) Vergl. Note 525.

num; ferner natura aequum, jure naturae aequum, naturale; endlich benignum und humanum; und den Gegensatz hierzu bilden theils jusium [537], civile, sublile, strictum, theils iniquum.

Dagegen findet sich die Bezeichnung aequum jus in der hier fraglichen Bedeutung nicht vor [538].

Endlich die subjective Beziehung, die den Postulaten der aequitas entsprechende Gesinnungs- und Handlungsweise, sowie deren Gegensatz wird ebenfalls durch die obigen Bezeichnungen aequitas [539]) und justitia, benignitas und subtilitas, wie iniquitas vertreten [540]); gleichbedeutend mit aequitas in diesem subjectiven Sinne ist bona fides, gleichbedeutend mit justitia, im Widerstreite zur aequitas, ist dolus malus, und derjenige endlich, welcher der

537) So bei Gaj. lib. 3. ad Edict. prov. f. §. 71. Marcellus in Julian. lib. 60. Digest. f. §. 74. Senec. Epist. 95. f. §. 69. Horat. Sat. I, 3, 98.: Utilitas justi prope mater et aequi; so auch Serv. in Aen. II, 426. f. §. 100. Der Gegensatz von justum und iniquum findet sich z. B. bei Gaj. IV, 126. 127., der Gegensatz von jus civile und iniquum Gaj. IV, 116.

538) Aequum jus steht in der Bedeutung von par jus bei Tryphoninus lib. 18. Disput. (l. 18. §. 1. D. de testam. milit. 29, 1.), Vellej. II, 121, 1., Tacit. Ann. II, 82., Senec. Epist. 107.; in gleichem Sinne findet sich: Aequa jura bei Cic. p. Quinct. 14, 45. und aequum jus in Verr. Act. II. lib. II, 15, 38., sowie bei Sallust. Hist. fr. I, 8. G.

539) In der aequitas scheiden wir demnach vornämlich 4 Hauptbedeutungen: 1) Rechtsidee, der schöpferische Gedanke des aequum et bonum; 2) Inbegriff der aus dieser Rechtsidee hervorgegangenen concreten Gebote, also das aequum et bonum, wie die lex aequi et boni; 3) Inbegriff des im aequum et bonum sich kundgebenden abstracten Princips, also die ratio aequi et boni, (wofür allerdings immer nur ratio aequitatis steht); 4) Uebereinstimmung mit 2. oder 3. und zwar a) des Menschen in Gesinnung und Handlung, b) des Rechtsinstitutes in seiner Construction. Die doppelte Bedeutung unter 2. u. 3. liegt der aequitas auch inne in der Verbindung von ratio aequitatis; auch diese ist: a) ratio aequi et boni, d. i. aequitas, und steht dann der ratio juris, d. i. justitia, wie auch der utilitas gegenüber; b) ratio aequitatis, d. i. der aequitas unter 3., und steht dann der ratio utilitatis gegenüber, worüber vergl. Beilage IV. Aequitas vereinigt sonach in 2., 3. und 4. die nämlichen Beziehungen, die wir z. B. in den Ausdrücken Moral und Sittengesetz wiedergeben.

540) So findet sich z. B. aequitas arbitri bei Papinianus lib. 12. Quaest. (l. 12. D. rem pup. salv. 46, 6.), iniquitas judicantium bei Ulpian. lib. 1. de Appell. (l. 1. pr. D. de appell. 49, 1.), subtilitas veterum bei Gaj. IV, 30. Vergl. Brisson de V. S. s. v. v.

aequitas gemäß denkt und handelt, heißt bonus vir, worüber allenthalben Beilage VII. zu vergleichen ist.

§. 69.

Verhältniß der aequitas zu dem jus naturale.

Bei Beurtheilung des Verhältnisses, in welchem nach der Anschauung dieser Periode die aequitas zu dem jus naturale steht, haben wir drei verschiedenen Classen die römischen Juristen unterzuordnen. Die erste derselben wird repräsentirt durch Paulus, der die aequitas mit dem jus naturale in eine theoretische und systematische Verbindung setzt, wie auch bei seiner wissenschaftlichen Thätigkeit jene Theorie im Einzelnen festhält und verwirklicht; die zweite Classe umfaßt Gajus und Ulpianus, wie die Mehrzahl der übrigen Juristen, welche, ohne eine abstracte Theorie über die Stellung der aequitas zum jus naturale aufzustellen, oder wenigstens uns überliefert zu haben, dennoch im Einzelnen thatsächlich jene Verbindung bei ihren wissenschaftlichen Operationen anerkennen und zu Tage treten lassen; endlich die dritte Classe wird vertreten durch Marcianus, wie auch durch Tryphoninus, bei denen wir weder jene abstracte, noch diese concrete Verbindung von aequitas und jus naturale in irgend welcher Spur vorfinden. Für diese letztere Ansicht werden wir die Beweise in §. 89. unter A und C beibringen, während eine weitere Erwägung dieser Separatstellung hier nicht erforderlich erscheint. Dagegen die Juristen der beiden ersten Classen vertreten die Gleichstellung des aequum et bonum und jus naturale, und da die beurtheilende Erwägung der Consequenzen dieser Ansicht in §. 61. 64. und 95. ihren Platz findet, so ist gegenwärtig nur jene Thatsache an sich sammt den einschlagenden Beweismomenten näher zu beleuchten, wobei wir zunächst die Theorie des Paulus, und sodann die sämmtlichen in concreto sich offenbarenden einzelnen Punkte in's Auge fassen.

Die Theorie des Paulus ist uns allein überliefert in lib. 14. ad Sabin. (l. 11. D. de J. et J. 1, 1.):

Jus pluribus modis dicitur: uno modo quum id, quod semper aequum et bonum est, jus dicitur, ut est jus naturale; altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile.

Aus dieser Stelle aber erhellt ganz unzweideutig, wie das semper aequum et bonum in Form eines allgemeinen Urtheiles als Prädicat dem jus naturale beigelegt wird, und, da andrerseits die Statthaftigkeit einer einfachen Umkehrung jenes Urtheiles, welche auch das jus naturale zum Prädicate alles semper aequum et bonum erklärt, keinem sachlichen Bedenken unterliegt, so haben wir in jenem Ausspruche eine wahre Gleichheitserklärung der Sphären beider Begriffe zu erblicken[541]). Wenn dagegen andrerseits diesem jus naturale und semper aequum et bonum ein jus civile und utile, nicht auch strictum gegenübergestellt ist, so liegt hierin allerdings eine Besonderheit der Theorie des Paulus, allein dieselbe erscheint nicht von der Art, daß das jus strictum als gesondertes Drittes aufzufassen wäre, vielmehr ist das jus utile zugleich ein jus strictum und beide treten gemeinsam in dem jus civile dem jus naturale gegenüber, worüber vergl. §. 77 90. unter A.

Diese abstracte Theorie wird nun bestätigt durch das in concreto obwaltende, practische Verfahren des Paulus selbst, wie der Mehrzahl der römischen Juristen, indem wir hier zahlreiche Combinationen von aequitas und jus naturale vorfinden, aus denen jene Gleichstellung Beider, sowie andrerseits die entsprechende Verbindung von strictum jus und jus civile erhellt. Hierher gehören vor Allem die Fälle, wo ein Rechtssatz oder Rechtsinstitut, welches dem jus naturale angehört, zugleich der aequitas überwiesen wird, so z. B. von Papinianus in lib. 28. Quaest. (s. §. 70.), wo der naturalis obligatio ganz allgemein ein vinculum aequitatis untergelegt wird; ferner von Ulpianus lib. 2. de Offic. Consul. (s. §. 70.), wo ein Gebot der aequitas als Product der ratio naturalis bezeichnet wird; nicht minder auch von Gajus lib. 4. ad Edict. prov. (l. 8. D. de capit. min. 4, 5.):

> Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. Itaque de dote

541) So auch Senec. Epist. 95.: natura — aequum justumque componit; Isidor. Orig. X, 7: aequus est secundum naturam justus dictus, IV, 4, 2.: naturale aequumque, mit Rücksicht auf Beilage VI.



actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis diminutionem,

indem hier die beiden Argumente: quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest und quia in bonum et aequum concepta est, völlig parallel stehen, das in aequum et bonum conceptum esse aber lediglich die Fundirung der Klage auf die aequitas bezeichnet; (vergl. §. 59. Note 488. und §. 76.). Gleiches Resultat ergeben theils die Bezeichnungen jure naturae aequum bei Pomponius, lib. 9. ex. var. lect. (s. §. 71.), sowie natura aequum bei Labeo in Ulpian., lib. 37. ad Edict. (s. §. 71.), Pomponius, lib. 21. ad Sabin. (s. §. 67.), Ulpianus, lib. 29. ad Edict. (s. §. 72.) und lib. 71. ad Edict. (s. §. 72.), theils der Ausdruck naturalis aequitas, der sich sehr häufig bei Labeo, Marcellus, Gajus, Ulpianus und Paulus vorfindet (vergl. §. 70 sq.). Andrerseits erhellt die Gleichstellung von strictum jus und jus civile sowohl aus dem Gegensatze von aequitas und jus civile, wie aus der Verbindung von iniquitas und jus civile, wofür in erster Beziehung Paulus lib. 41. ad Edict. (s. §. 70.) und lib. 71. ad Edict. (s. §. 74.), in letzter Beziehung Gajus Inst. III, 25. in Verbindung mit §. 18—24. und §. 26 sq., sowie IV, 116. die genügenden Beispiele bieten.

Wenn nun alle diese Momente jene von Paulus theoretisch festgestellte Verbindung von aequitas und jus naturale beweisen, so beruht diese Verbindung selbst wiederum auf einer doppelten Ideencombination, welche ebensowohl eine genetische, wie eine substantielle Gleichheit Beider anerkennt: die aequitas, als subjectives Rechtspostulat, getragen durch die Rechtsüberzeugung der Individuen, erscheint nach antiker Anschauungsweise zunächst als Substrat der ratio naturalis und hat somit gleichen Ausgang, wie das jus naturale. Insofern daher der Regel des aequum et bonum eine objective Basis untergelegt wird, erhebt sich die naturalis ratio in gleicher Maaße zur Trägerin und zum Agens des aequum et bonum, wie sie solches bezüglich des jus naturale ist, daher nun jus naturale und aequitas gleichen Ausgang von der natura rerum nehmen, und somit das aequum et bonum zugleich zum natura aequum, die aequitas aber zur naturalis aequitas wird. Indem nun aber die naturalis ratio ein einheitliches Ganze in ihren Regeln aufstellt, so bildet jener gemeinsame Ausgang der

aequitas, wie des jus naturale von dieser ratio zugleich das Mittelglied, welches eine Identität der Normen Beider herbeiführt, ja zur nothwendigen Folge haben muß.

Dagegen haben wir, wenigstens im Sinne des Paulus, jene Gleichstellung von aequum et bonum und jus naturale in anderer Beziehung wiederum zu modificiren und einer Beschränkung zu unterwerfen. Insoweit nämlich der Character einer Norm als aequum et bonum lediglich darauf beruht, daß sie gebildet ist unter der positiv gestaltenden, materialen Einwirkung des fünften Principes (vergl. §. 66. u. 76.), und daß sie sonach eine allseitige Berücksichtigung der Individualität des concreten Verhältnisses umfaßt, also ein concretes und relatives aequum et bonum ist, insoweit waltet jene Gleichstellung nicht ob, ja kann gar nicht statt haben, weil das jus naturale, als das höchste absolute Recht ein derartiges Prävaliren des relativen Characters als seinem Wesen widerstreitend von sich abweisen muß. Daher erklärt Paulus in lib. 14. ad Sabin. sit, ausdrücklich nur das semper aequum et bonum, d. i. das absolute aequum et bonum für ein jus naturale. In diesem Verhältnisse aber erblicken wir zugleich die Aufklärung jener Erscheinung, daß die aequitas mit sich selbst im Widerspruche stehen kann, wie sich dies aus Paulus lib. 6. Quaest. (l. 85. §. 2. D. de R. J. 50, 17.) ergiebt, wenn gesagt wird:

> Quoties aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio juris moratur, justis decretis res temperanda est.

Denn da das Gebot der naturalis ratio nothwendig zugleich ein aequum et bonum ist, so birgt diese Stelle den Sinn: quoties aequitatem desiderii aequitas aut dubitatio juris moratur, woraus ein Widerspruch der aequitas mit sich selbst hervorgeht. Allein da die aequitas desiderii die Uebereinstimmung des desiderium mit einer Norm bezeichnet, welche selbst an und für sich nur durch allseitige Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des concreten Falles der aequitas sich unterordnet, somit aber als relatives aequum et bonum sich offenbart; während andrerseits die auf der naturalis ratio beruhende aequitas von Principien geleitet wird, welche die Materie der Norm selbst in absoluter Weise positiv gestalten, somit aber hierin ein absolutes aequum et bonum sich kund giebt, so liegt in der Annahme jenes Wider-

spruches nicht allein durchaus kein Zwiespalt des Gedankens mit sich selbst, sondern es ist auch derselbe nothwendig bedingt durch die Möglichkeit des Widerstreites, in welchen jede absolute Rechtsregel mit der Anforderung der Rechtsanschauung bezüglich des concreten Falles treten kann.

Sonach ist nur das semper aequum et bonum zugleich ein jus naturale, und gleichwie hiermit die aequitas als die Idee letzter und höchster, absoluter und unwandelbarer Rechtswahrheit zum leitenden Gedanken des jus naturale sich erhebt, so tritt andrerseits als maaßgebendes Princip des jus civile die utilitas, d. i. die Idee der Zweckmäßigkeit und der Erwägung politischer Rücksichten in das jus strictum hinein, worauf in §. 77. besonders zurückzukommen ist

§. 70.

Belege.

Indem wir unter den fast zahllosen Quellenstellen, welche eine Erwähnung der aequitas darbieten, die als Belege geeignetsten hervorheben, so ordnen wir dieselben nach ihrer durch innere Gesichtspunkte gebotenen Verschiedenheit, nach denjenigen Classen nämlich, welche durch die in §. 66. hervorgehobenen fünf Principien an die Hand gegeben werden, woneben wir sodann diejenigen Stellen, in denen solche specielle Beziehung zu einem jener fünf Principien nicht obwaltet, in §. 74. noch besonders beifügen.

Das Princip der Berücksichtigung der auf das Naturgesetz selbst gestützten Bande der Blutsverwandtschaft und Ehe findet Vertretung durch die aequitas bei

Gajus lib. 16. ad Edict. prov. (l. 2. D. unde cogn. 38, 8.):

Hac parte proconsul, naturali aequitate motus, omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet jure civili deficiant.

Instit. III, 7.:

Aequum enim videbatur, nepotes neptesve in patris sui locum portionemque succedere.

Inst. III, 18—24.:

Hactenus lege XII tabularum finitae sunt intestatorum hereditates: quod jus quaemadmodum strictum fuerit, palam

est intelligere. Statim enim emancipati liberi nullum jus in hereditatem parentis ex ea lege habent, cum desierint sui heredes esse. Idem juris est, si ideo liberi non sint in potestate patris, quia sint cum eo civitate Romana donati nec ab Imperatore in potestatem redacti fuerint. Item agnati capite deminuti non admittuntur ex ea lege ad hereditatem, quia nomen agnationis capitis deminutione perimitur. Item proximo agnato non adeunte, ad hereditatem nihilo magis sequens jure legitimo admittitur. Item feminae agnatae, quaecunque consanguineorum gradum excedunt, nihil juris ex lege habent. Similiter non admittuntur cognati, — — adeo quidem, ut nec inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae jus competetat.

Ulpianus lib. 2. de Offic. Consul. (l. 5. §. 2. D. de agnosc. et alend. 25, 3.):

Utrum autem tantum patrem avumve paternum proavumve ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem, ceterosque parentes per illum sexum contingentes cogamur alere? videndum. Et magis est, ut utrubique se judex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini. Et quum ex aequitate haec res descendat çaritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere judicem oportet; ferner §. 13.: iniquissimum — quis merito dixerit, patrem egere, quum filius sit in facultatibus; sowie §. 16.: parens, quamvis ali a filio ratione naturali debeat, tamen etc.

lib. 12. ad Sabin. (l. 1. §. 4. D. de suis et legitim. 38, 16.):

Si filius suus heres esse desiit, in ejusdem partem succedant omnes nepotes neptesque ex eo nati, qui in potestate sunt; quod naturali aequitati contingit.

lib. sing. de offic. praetor. tutel. (fr. Vat. §. 198.):

Puto — eandem esse aequitatem in nepotibus, qui in locum filiorum succedunt, quae est in filiis.

lib. 2. Instit. (Collat. leg. Mos. XVI, 7. §. 2.):

Aequissimum putavit (Praetor) neque eos bonis paternis carere per hoc, quia non sunt in potestate, neque etc.

Ibid. (Collat. leg. XVI, 9. §. 2.):

Praetor aequitate motus decem personas cognatorum ei (i. e. manumissori) praetulit has: patrem, matrem, filium, filiam, avum, aviam, nepotem, neptem, fratrem, sororem, ne quis occasione juris sanguinis necessitudinem vinceret.

lib. sing. Regul. (fr. 26, 2.):

aequum est enim nepotes in patris sui locum succedere et eam partem (sc. hereditatis) habere, quam pater eorum, si viveret, habiturus esset.

lib. 12. ad Sabin. (l. 1. §. 6. D. ad S. C. Tertyll. 38, 17.) [humana interpretatio]; lib. 40. ad Edict. (l. 1. pr. D. de legat. praest. 37, 5.) [aequitas naturalis]; lib. 41. ad Edict. (l. 2. pr. D. de B. P. s. tab. 37, 11.).

Paulus lib. 41. ad Edict. (l. 6. §. 1. D. de B. P. 37, 1.):

Quamvis enim jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor;

lib. sing. ad S. C. Tertyll. (l. 5. pr. D. ad S. C. Tertyll. 38, 17.); lib. 17. Quaest. (l. 4. D. de sent. pass. 48, 23.) [humanius dicetur]; lib. 71. ad l. Cinc. (fr. Vat. §. 306.) [ratio aequitatis]; lib. sing. de port. quae lib. damn. conc. (l. 7. pr. D. de bon. damn. 48, 20.); lib. 6. ad Plaut. (l. 21. D. de re jud. 42, 1.).

Modestinus lib. 2. Different. (l. 20. D. de re jud. 42, 1.).

Dem zweiten Principe der Aufrechterhaltung derjenigen Verpflichtungen, die man im rechtlichen Verkehre durch Treu und Glauben geboten erachtete, sind zu überweisen nachstehende Belege:

Gajus Inst. IV, 71.

Papinianus lib. 28. Quaest. (l. 95. §. 4. D. de solut. 46, 3.).

Ulpianus lib. 4. ad Edict. (l. 1. pr. D. de pact. 2, 14.):

Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter nos placuerunt, servare?

lib. 27. ad Edict. (l. 1. pr. D. de pec. const. 13, 5.):

Hoc edicto praetor favet naturali aequitati, qui constituta consensu facta custodit, quoniam grave est, fidem fallere.

§. 71.

Fortsetzung.

(Belege.)

Das dritte Princip, die Zutheilung und Aberkennung von Vortheil und Nachtheil, Gewinn und Verlust nach dem durch die Verhältnisse gegebenen Maaßstabe von Angemessenheit findet seinen Schwerpunkt vornämlich in dem Satze, den mit der meisten Präcision ausspricht:

Pomponius lib. 14. ad Sabin. (l. 6. §. 2. D. de j. dot. 23, 3.):
Bono et aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum [542]).

Dieser Satz oder dessen Consequenzen werden der aequitas außer den in §. 67. mitgetheilten Belegen namentlich auch in folgenden Stellen überwiesen:

Labeo bei Ulp. lib. 37. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. si is qui testam. 47, 4.):
Haec autem actio — naturalem potius in se, quam civilem habet aequitatem, siquidem civilis deficit actio; sed natura aequum est, non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coërceri posse intelligit, spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae;

bei Ulp. lib. 76. ad Edict. (l. 4. §. 13. D. de dol. m. exc. 44, 4.).

Sabinus und Cassius bei Paul. lib. 6. ad Plaut. (l. 38. §. 7. D. de usur. 22, 1.).

Celsus lib. 5. Dig. (l. 32. D. de reb. cred. 12, 1.).

Pomponius lib. 9. ex var. lect. (l. 206. D. de R. J. 50, 17.):
Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.

Africanus lib. 8. Quaest. (l. 63. §. 5. D. de furt. 47, 2.).

Gajus Instit. IV, 61. (§ 30. J. de act. 4, 6.):
In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat; in quo et illud continetur, ut habita ratione

---

542) Tryphoninus lib. 8. Disput. (l. 12. §. 1. D. de distr. pign 20, 5.) bezeichnet dies Princip mit den Worten: ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat.

ejus, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oportet, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare [543]); lib. 3. ad Edict. prov. (l. 46. §. 4. D. de proc. 3, 3.); lib. 9. ad Edict. prov. (l. 1. D. quod cum eo qui 14, 5.).

Papinianus lib. 2. Resp. (l. 20. pr. D. de tut. et rat. 27, 4.) [aequitatis ratio].

Ulpianus lib. 11. ad Edict. (l. 1. pr. D. de min. 4, 4.) [naturalis aequitas]; lib. 26. ad Edict. (l. 3. §. 7. D. de cond. c. d. 12, 4.); lib. 49. ad Sabin. (l. 2. §. 3. D. de hered. vel act. 18, 4.) [aequitatis ratio];

lib. 2. Disp. (l. 32. pr. D. de pecul. 15, 1.):

Licet hoc jure contingit, tamen aequitas dictat, judicium in eos dari, qui occasione juris liberantur, ut magis eos perceptio, quam intentio [544]) liberet.

Paulus lib. 14. ad Plaut. (l.37. D. de act. emt. 19, 1.); lib.17. ad Plaut. (l. 65 §. 4. D. de cond. indeb. 12, 6.); lib. 1. Sent. (l. 24. §. 1. D. de min. 4, 4.).

Marcianus lib. sing. ad form. hyp. (l. 16. §. 6. D. de pign. 20, 1.) [subtilitas legis — humanius est].

Hadrianus nach Paul. lib. 20. ad Edict. (l. 22. D. de her. pet. 5, 3.).

Andere nicht auf den von Pomponius ausgesprochenen speciellern Grundsatz sich zurückleitende Consequenzen des in Frage stehenden Principes werden der aequitas überwiesen von:

Gajus lib. 3. ad Ed. prov. (l. 2. D. de neg. gest. 3, 5.) [sicut aequum est — ita ex diverso justum est].

Papinianus lib. 3. Quaest. (l. 36. D. de admin 26, 7.).

Ulpianus lib. 19. Quaest. (l. 54. D. ad S. C. Treb. 36, 1.) [aequitatis ratio]; lib. 31. ad Sabin. (l. 7. pr. D. de j. dot. 23, 3); lib. 3. ad Edict. (l. 1. pr. D. quod quisque jur. 2, 2.); lib. 29. ad Edict. (l. 11. §. 2. D. de pec. 15, 1.) [natura aequum]; lib. 40. ad Edict. (l. 1. pr. D. de collat. 37, 6.).

---

543) In dieser Stelle erklärt Gajus die Kundgebung des fraglichen Principes für einen Bestandtheil des aequum et bonum. Bonum et aequum selbst aber steht in einer allgemeinen Beziehung zu allen fünf Principien, während der Ausdruck libera potestas auf das fünfte Princip insbesondere hinweist.

544) intentio ist intentio formulae, demnach gleich actio.

Paulus lib. 49. ad Edict. (l. 2. §. 6. D. de acqu. 39, 5.), wozu vergl. Ulp. lib. 53. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. eod.); lib. 69. ad Edict. (l. 4. D. de tab. exh. 43, 5.); Sent. rec. II, 1, 1. [aequitatis ratio]; V, 16, 1. [rat. aequit.]; lib. 1. Decr. (l. 47. pr. D. de j. fisc. 49. 14.); lib. 3. ad Plaut. (l. 14. §. 1. D. comm. div. 10, 3.); lib. 2. ad Edict. aedil. cur. (l. 44. §. 1. D. de aed. ed. 21, 1.); lib sing. de conc. act. (l. 34. pr. D. de O. et A. 44, 7.); lib. 23. Quaest. (l. 84. pr. D. de her. inst. 28, 5.) [humanius est — aequitatis ratio].

Modestinus lib. 8. Diff. (l. 22. D. de don. 39, 5.).

Ferner gehört hierher, als aus dem Werke eines Juristen dieser Periode entlehnt: §. 39. J. de R. D. 2, 1. [naturalis aequitas], sowie endlich aus den Constitutionen der Kaiser:

Severus in l. 1. C. de furt. 6, 2. Severus et Antoninus in l. 2. C. de usur. 4, 32. [aequitatis ratio]. Alexander in l. 1. C. rer. amot. 5, 21. und l. 6. C. de comp. 4, 31., sowie in l. 5. C. eod. Antoninus et Verus bei Ulp. lib. 31. ad Edict. (l. 8. §. 8. D. mand. 17, 1.).

§. 72.

Fortsetzung.

(Belege.)

Das vierte Princip, die Prävalenz des Willens gegenüber der Willenserklärung, wird der aequitas überwiesen von:

Julianus lib. 29. Dig. (l. 13. pr. D. de lib. et post. 28, 2.) [voluntas testantis — subtilis juris regula — quum testator voluerit — humanitate suggerente].

Africanus lib. 5. Quaest. (l. 88. §. 1. D. ad l. Falc. 35, 2.): Et iniquum et contra voluntatem testatoris existimabitur.

Scaevola lib. 19. Dig. (l. 76. D. ad S. C. Treb. 36, 1.) [benigna interpretatio].

Gajus Inst. III, 137. (l. 2. §. 3. D. de O. et A. 44, 7.):

Item in his contractibus (i. e. qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in no-

minibus alius expensum ferendo obliget, aliud referendo obligetur;
Inst. IV, 30. [subtilitas veterum];
lib. 2. Aureor. (l. 9. §. 3. D. de acqu. dom. 41, 1.):
Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.
Papinianus lib. 5. Resp. (l. 17. D. de inj. rapt. 28, 3.) [subtilitas juris — bon. et aequ.].
Tryphoninus lib. 4. Disp. (l. 12. §. 8. D. de capt. 49, 15.):
Et iniquum et contra mentem constitutionis.
Ulpianus lib. 9. ad Edict. (l. 23. D. de admin. 26, 7.); lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.) [naturalis aequitas — natura aequum]; lib. 17. ad Sabin. (l. 12. §. 2. D. de usu et hab. 7, 8.) [stricte interpretari];
lib. sing. Regul. (fr. 25. §. 1.):
Fideicommissum — — nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis;
lib. 48. ad Sabin. (l. 36. D. de V. O. 45, 1.):
Si quis, quum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitate juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest.
Paulus lib. 15. ad Sabin. (l. 20. §. 2. D. de S. P. U. 8, 2.) [strictius interpr.].
Marcianus lib. sing. ad hyp. form. (l. 8. §. 16. D. quib. mod. pign. 20, 6.) [subtilitates].
Philippus A. et Philippus C. in l. 6. C. de her. inst. 6, 24.:
Si compensandi debiti gratia uxor maritum fecit heredem, desiderio tuo praeter portionem hereditatis debitum quoque restitui postulantis, non tantum juris severitas, verum etiam defunctae voluntas refragatur.

§. 73.
Fortsetzung.
(Belege.)

Das fünfte Princip der Berücksichtigung der Individualität der concreten Verhältnisse macht sich zu Rom geltend in der in §. 66. angegebenen doppelten Modalität: einmal als rein for=

males und negativ wirkendes Princip für den Gesetzgeber, welches darin sich offenbart, daß dieser dem richterlichen Ermessen einen freien Raum im Rechte offen läßt, innerhalb dessen dann dieses Princip positiv und stoffbildend in der Hand des Richters wirkt (vergl. §. 76.); sodann aber auch als rein reales und positiv wirkendes Princip für das Organ der Rechtsbildung selbst, insofern diese Letztere gerade im Hinblick auf die individuellen Verhältnisse des concreten Falles erfolgt (vergl. §. 75.). Beide wesentlich verschiedene Beziehungen der Gegensätze von aequitas und jus walten alternativ in nachstehenden Stellen ob, und lassen in diesen sehr leicht sich sondern:

Labeo bei Pomp. lib. 32. ad Sabin. (l. 32. §. 2. D. de usurp. 41, 3.): Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, nemo eorum mera subtilitate possidere.

Javolenus lib. 6. ex Cassio (l. 28. pr. D. de statu lib. 40, 7.) [jus strictum];

lib. 6. Epist. (l. 25. D. de donat. 39, 5.): Si tibi rem dederim, ut Titio meo nomine donares eamque tu tuo nomine ei dederis, quantum ad juris subtilitatem, accipientis facta non est et tu furti obligaris; sed benignius est, si agam contra eum, qui rem accepit, exceptione doli mali me summoveri.

Celsus bei Paul. lib. 17. ad Plaut. (l. 91. §. 3. D. de V. O. 45, 1.); lib. 27. Dig. (l. 11. D. de S. P. R. 8, 3.): Per fundum, qui plurium est, jus mihi esse eundi agendi, potest separatim cedi. Ergo subtili ratione non aliter meum fit jus, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur. Benignius[546] tamen dicetur, et antequam novissimus cesserit, eos qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure non posse.

Julianus lib. 18. Dig. (l. 20. D. de reb. cred. 12, 1.) [subtilitas verborum — benignius est]; lib. 86. Dig. (l. 51. §. 2. D. ad l. Aquil. 9, 2.) [subtilis ratio].

Pomponius lib. 5. ad Sabin. (l. 29. D. de her. inst. 28, 5.) [humanius est].

546) Wahrscheinlich in ähnlichem Gegensatze sagte Celsus lib. 29. Dig. (l. 18. D. de legg. 1, 3.): Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.

Scaevola lib. 25. Dig. (l. 28. §. 2. D. de appell. 49, 1.);
lib. sing. Quaest. (l. 14. pr. D. de div. temp. praesc. 44, 3.):
De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus; consistunt enim in sola aequitate.
Gajus lib. 2. Aur. (l. 7. §. 5. D. de acqu. dom. 41, 1.) [stricta ratio];
lib. 3. ad Edict. praet. urb. tit. de damn. inf. (l. 19. D. de damn. inf. 39, 2.):
Eorum, qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti jus non corrumpitur, sed reversis defendendi ex bono et aequo potestas datur [547]);
lib. 1. de testam. ad Ed. Praet. (l. 16. D. de cond. 35, 1.):
In his quae extra testamentum incurrunt, possunt ex bono et aequo interpretationem capere; ea vero, quae ex ipso testamento oriuntur, necesse est, secundum scripti juris rationem expediri.
Papinianus lib. 6. Resp. (l. 86. pr. D. de acqu. hered. 29, 2.) [strictum jus — humanitas]; lib. 6. Quaest. (l. 50. §. 1. D. de her. pet. 5, 3.) [strictum jus]; lib. 8. Quaest. (l. 43. D. de relig. 11, 7.) [stricta ratio];
lib. 12. Quaest. (l. 12. D. rem pup. 46, 6.):
Aequitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam juris desiderare.
Tryphoninus lib. 4. Disput. (l. 12. §. 5. D. de capt. 49, 5.) [jus subtile — humanitatis ratio]; lib. 9. Disp. (l. 67. §. 1. D. de R. N. 23, 2.) [strictum jus].
Ulpianus lib. 5. Fideicomm. (l. 24. §. 10. D. de fideic. lib. 40, 5.) [jus subtile — juris rigor]; lib. 33. ad Sabin. (l. 32. pr. D. de don. i. vir. 24, 1.) [juris rigor];
lib. 12. ad Edict. (l. 26. §. 9. D. ex quib. caus. maj. 4, 6.):
Item inquit praetor: „Si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam.“ Haec clausula edicto inserta est necessario; multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt. Unde quoties aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum;

547) Mit einigen Interpolationen in l. 30. D. de noxal. act. 9, 11. wiederholt.

lib. 22. ad Edict. (l. 12. D. de interr. 11, 1.); lib. 23. ad Edict. (l. 5. §. 5. D. de his qui effud. 9, 3.);

lib. 25. ad Edict. (l. 14. §. 6. 13. D. de relig. 11, 7.):

Haec actio, quae funeraria dicitur, ex bono et aequo oritur; continet autem funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumtuum. Aequum autem accipitur ex dignitate ejus, qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide, ut neque plus imputetur sumtus nomine, quam factum est, neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est; debet enim haberi ratio facultatum ejus, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur (vergl. l. 12. §. 5. D. eod.). — Et generaliter puto, judicem justum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, quum hoc ei et actionis natura indulget;

lib. 27. ad Edict. (l. 2. pr. l. 4. §. 1. D. de eo quod cert. 13, 4.); lib. 51. ad Edict. (l. 71. §. 2. D. de legat. I.); lib. 57. ad Edict. (l. 11. §. 1. D. de injur. 47, 10.); lib. 72. ad Edict. (l. 13. §. 4. D. de acqu. poss. 41, 2.) [subtilius est]; lib. 74. ad Edict. (l. 2. §. 1. D. si quis caut. 2, 11., sowie l. 2. §. 8. D. eod.); lib. 6. ad l. Jul. et Pap. (l. 38. §. 1. D. ex quib. c. maj. 4, 6.) [ratio humanitatis].

Paulus lib. 55. ad Edict. (l. 18. pr. D. de injur. 47, 10.); lib. 2. Sent. (l. 30. D. de pec. const. 13, 5.) [strictum jus].

Marcianus lib. sing. ad S. C. Turpill. (l. 1. §. 10. D. ad S. C. Turp. 48, 16.) [stricta ratio].

Modestinus lib. sing. de enucl. cas. (l. 19. D. de appell. 49, 1.):

Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet. — — Non jure profertur sententia, si specialiter contra leges vel senatusconsulta vel constitutionem fuerit prolata.

Nicht minder gehören hierher als aus Schriften von Juristen dieser Periode entlehnt: §. 10. J. de mand. 3, 26.; §. 31. J. de act. 4, 6.:

Quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes appellamus. — — Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici ex bono et aequo, secundum

cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

Endlich aus den Constitutionen der Kaiser: Antoninus Pius bei Marcellus lib. 3. Dig. (l. 7. pr. D. de i. i. rest. 4, 1. und l. 183. D. de R. J. 50, 17.); Severus et Antoninus in l. 3. C. de edend. 2, 1.; Alexander in l. 1. C. de interd. 8, 1. und l. un. C. si propt. inimic. 10, 63.

§. 74.

Fortsetzung.

(Belege.)

Endlich unter die Classe derjenigen Belege, in denen eine specielle Beziehung zu einem der in §. 66. hervorgehobenen fünf Principien nicht obwaltet, fallen theils diejenigen Stellen, welche in einer Beziehung zu mehr als einem einzelnen jener fünf Principien stehen, theils diejenigen Stellen, in welchen überhaupt gar keine derartige Beziehung hervortritt. Ersteres findet z. B. statt, wenn gesagt wird von

Papinianus lib. 3. Quaest. (l. 12. D. de dol. mal. exc. 44, 4.): Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est,

sowie von

Paulus lib. 71. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. de dol. mal. exc. 44, 4.): Ideo autem hanc exceptionem (sc. doli mali) praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit,

da hier die aequitas gleichmäßig alle fünf Principien vertritt, indem ihr Gegensatz, der dolus malus, gleichmäßig durch Mißachtung eines jeden jener fünf Principien begründet wird; ähnlich verhält sich dies bei

Africanus lib. 9. Quaest. (l. 22. D. de manum. testam. 40, 4.): Qui filium impuberem heredem instituit, Stichum ratione argenti, quod sub cura ejus esset, reddita liberum esse jusserat. — — Quaestitum est: — — in quem modum intelligendus sit conditioni paruisse, id est an, si quaedam vasa sine culpa ejus perierint, atque ita reliqua vasa heredi bona

fide assignaverit, perveniat ad libertatem? Respondit: perventurum; nam sufficere, si ex aequo et bono rationem reddat denique quam rationem bonus paterfamilias reciperet, ea heredi reddita impletam conditionem videri,

indem hier das aequum et bonum überhaupt die Abwesenheit einer subjectiven Verschuldung bezeichnet, diese selbst aber auf mehreren jener fünf Principien beruhen kann.

In der Classe derjenigen Stellen, in denen wir überhaupt gar keine bestimmte Beziehung zu jenen fünf Principien wahrzunehmen vermögen, überwiegen namentlich die der Rechtsbildung durch die Kaiser angehörigen, obgleich auch aus den Schriften der Juristen dergleichen überliefert sind, z. B. von

Labeo bei Paulus lib. 49. ad Edict. (l. 2. §. 5. D. de aqua et aqua pluv. 39, 3.):

Quamquam — deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur,

indem in dieser Stelle ein neues Rechtsprincip zu Tage tritt: quae mihi prosunt, tibi vero nihil nocent, facere licet, welches unter keines der von uns hervorgehobenen fünf Principien sich unterordnen läßt, obgleich es mit dem dritten Principe in innerer Verwandtschaft steht, ja mitunter mit demselben geradezu sich verbindet, wie bei Paul. lib. 49. ad Edict. (s. §. 71.).

Weitere unter diese Classen fallende Belege bieten:

Marcellus bei Julianus lib. 60. Digest. (l. 66. D. de R. J. 50, 17.): Exceptio justa nec ab aequitate naturali abhorrens.

Paulus lib. 15. Quaest. (l. 90. D. de R. J. 50, 17.); lib. 16. ad Sabin. (l. 19. pr. D. de capt. 49, 15.) [aequitas naturalis]; Modestinus lib. 8. Resp. (l. 25. D. de legg. 1. 3.).

Sodann aus den Constitutionen der Kaiser: Antoninus et Verus bei Papir. Justus lib. 1. de Constit. (l. 3. pr. D. de l. Jul. de ann. 48, 12.); Antoninus in l. 4. C. de edend. 2, 1.; Alexander in l. 8. C. eod. und l. 1. C. de repud. 5, 17.; Gordianus in l. 3. C. de bon. auct. jud. 7, 72.

§. 75.

Bedeutung der aequitas für das jus.

Erwägen wir nun auf Grund der gegebenen Belege die sachliche Bedeutung der aequitas für das Recht, so erkennen wir solche, — wofür die allgemeinen Grundlagen bereits in §. 66. gegeben sind, — als eine vierfache an: als Norm nämlich der werthschätzenden Beurtheilung des gegebenen Rechtes; als legislatorische Quelle ferner, wie überhaupt als Princip für neue Rechtsschöpfungen; sodann als Quelle der jurisdictionellen Entscheidung; endlich als Princip der Auffassung des gegebenen Rechtes. In dieser letzteren Beziehung kommt nur das vierte Princip, und auch dieses nur partiell in Betracht, daher insoweit die Bedeutung der aequitas eine ganz specielle ist (vergl. §. 66.) und auch gegenwärtig nicht weiter in Untersuchung gezogen wird. Gleiches gilt von der Bedeutung der aequitas als Quelle jurisdictioneller Entscheidung, welche lediglich auf dem fünften Principe beruht (vergl. §. 66.), jedoch in §. 76. zur näheren Erörterung gelangen soll. Dagegen eine generelle, auf der Gesammtheit der fünf Principien beruhende Bedeutung gewinnt die aequitas nur in den beiden ersten der genannten vier Punkte, zu deren Erwägung wir im Nachstehenden übergehen.

Als Norm der abschätzenden Beurtheilung des gegebenen Rechtes erlangt die aequitas zunächst lediglich eine rein speculative Bedeutung: lediglich vom Standpunkte theoretischer Reflexion wird das gegebene Recht theils nach seinen Instituten[548]), theils nach seinen einzelnen, speciellen[549]) oder mehr generellen[550]) Satzungen, theils nach seinen allgemeinen leitenden Principien[551]), theils nach seiner äußeren Erscheinung in den legislativen Producten[552]) in's Auge gefaßt und nach dem Maaßstabe der aequitas in seiner Uebereinstimmung oder Disharmo-

548) So z. B. die condictio indebiti von Papinian. In lib. 8. Quaest. s. §. 67.

549) So z. B. Ulpian. in lib. 31. ad Sabin. s. §. 71.

550) So z. B. Paulus in lib. sing. de concurrent. action s. §. 71.

551) So z. B. Pomponius in lib. 14. ad Sabin. s. §. 71.

552) So z. B. Ulpian. in lib. 11. ad Edict. s. §. 71.

nie [553]) mit dieser abgeschätzt. Das Urtheil selbst aber erscheint hierbei in der ersteren Beziehung wiederum in der doppelten Form, daß der in Betracht gezogene Theil des Rechtes ebensowohl einfach als mit der aequitas übereinstimmend, als auch um der aequitas willen constituirt oder aus derselben hergeflossen bezeichnet wird.

Diese Anwendung der aequitas können wir im Leben, wie in der Wissenschaft Rom's als eine allgemein verbreitete ansehen, indem zahlreiche Beispiele dafür in den Quellen uns entgegentreten und Zeugniß ablegen. Allein troß dieser Universalität erscheint jene Abschäßung des Rechtes, selbst insofern sie sich über das Gebiet der rein vulgären Anschauung erhebt, an sich nur als sterile Speculation, weil die aequitas aller eigenen, selbstgegebenen practischen Wirkungen entbehrt: der Umstand, daß ein gegebener Rechtsſaß der aequitas untergeordnet wird, hat an sich durchaus keine Wirkung Rechtens, vielmehr sind die rechtlichen Erscheinungen, welche mit jener Unterordnung in innerem Zusammenhange stehen, stets nur Grund, nicht Folge dieser Unterordnung. Gerade hierin aber ist zugleich der Grund zu finden, daß weder das Gebiet der aequitas nach Außen hin scharf abgegränzt und das aequum et bonum innerhalb des Rechtes in seiner Totalität als ein aequum jus fest abgeschlossen ist, noch auch für dasselbe allgemeine practische Criterien aufgestellt werden können.

Ist sonach der aequitas in dieser ihrer rein theoretischen Stellung, als Norm der werthschäßenden Beurtheilung des gegebenen Rechtes, nur die Bedeutung zuzugestehen, daß sie Kunde giebt von der Richtung in dem Streben des Zeitgeistes; müssen wir dagegen im Uebrigen derselben alle selbsteigene practische Bedeutung und Brauchbarkeit absprechen, so haben wir doch gleichzeitig anzuerkennen, daß solche Bedeutung von Außen her mit jener Abschäßung des Rechtes sich verbindet, insofern das Urtheil der Disharmonie des gegebenen Rechtes mit der aequitas sehr häufig als Rechtfertigungsgrund für eine neue Rechtsschöpfung hingestellt wurde, wie denn überhaupt lediglich die Stellung als

553) So z. B. Labeo bei Ulp. lib. 76. ad Edict. f. §. 71. und bei Pomponius lib. 32. ad Sabin. f. §. 73.; Papinian. in lib. 8. Quaest. f. §. 73.



Quelle des Rechtes den Grund enthält, daß die aequitas als Maaßstab der Beurtheilung des gegebenen Rechtes von der Wissenschaft in so ausgedehntem Maaße anerkannt wurde.

Als Quelle neuer Rechtssatzung, worauf die zweite sachliche Bedeutung der aequitas für das Recht beruht, kommt dieselbe für uns nur insoweit in Betracht, als unter ausdrücklicher Berufung auf sie ein neuer Rechtssatz geschaffen wird, der dann entweder suppletorisch oder correctorisch zum gegebenen Rechte sich verhält. Im letzteren Falle concurrirt häufig, wie bemerkt, ein den beseitigten Rechtssatz verwerfendes Urtheil nach Maaßgabe der aequitas, wo dann die verworfene Norm entweder an und für sich und ohne Rücksicht auf ihre Anwendung auf den gegebenen concreten Fall [554]), oder lediglich in dieser ihrer Anwendung [555]) in's Auge gefaßt und beurtheilt ist. Um jedoch diese Bedeutung der aequitas richtig zu würdigen, ist es nöthig die mehrfachen Modalitäten, in denen zu Rom die Rechtsbildung in's Leben trat, je nach ihrer inneren Verschiedenheit zu distinguiren. Vor Allem kommt hierbei in Betracht die eigentliche legislative Rechtsproduction, welche sich, mag sie ausgehen von welchem Organe der Staatsgewalt sie wolle, in Aufstellung abstracter Regeln für die Gesammtheit aller wesentlich gleichen Rechtsverhältnisse äußert. Diese in Wahrheit legislative Rechtsbildung beruht, abgesehen von der consuetudo, vornämlich auf den leges und Senatusconsulten, wie auf den Edicten der Kaiser und Magistrate, dagegen in nur untergeordneterem Maaße auf den wissenschaftlichen Bearbeitungen des Rechtes Seitens der Juristen. Hier allenthalben finden wir aber nur verhältnißmäßig seltene Berufungen auf die aequitas, und wenn wir auch anerkennen, daß mit wenigen Ausnahmefällen auch diese Rechtsbildung in Wahrheit stets nach Maaßgabe der aequitas erfolgte, so liegt doch dieser Umstand dem gegenwärtigen Gesichtspunkte unserer Erörterung fern, indem nur diejenigen Acte der Rechtsbildung für uns in Betracht kommen, wo der betreffende Constituent seine eigene Satzung auf die aequitas als deren Quelle

554) So z. B. von Papinian. in lib. 6. und 8. Quaest., wie von Marcian. in lib. sing. ad S. C. Turpill. s. §. 73.

555) So z. B. von Javolenus in lib. 6. Epist., Julianus in lib. 18. und 86. Digest. s. §. 73.

zurückführt. Hierin liegt zugleich der Grund, weshalb wir der Ueberweisung fremder Rechtsschöpfungen an die aequitas, welche wir namentlich bezüglich der prätorischen Edicte häufig bei den Kaisern und Juristen vorfinden, höchstens die Bedeutung eines wissenschaftlichen Urtheiles einzuräumen vermögen, selbst wenn solches Urtheil in der Modalität zu Tage tritt, daß der betreffende Jurist in der Anschauung auf den Zeitpunkt sich zurückversetzt, wo das in Wahrheit bereits längst verwirklichte Gebot der aequitas erst zu positivem Rechte erhoben wurde, wie z. B. Gajus lib. 16 ad Edict. prov., Paul. lib. 41. ad Edict. (f. §. 70.).

Dagegen tritt die aequitas als Quelle des Rechtes auf einem anderen Gebiete der Rechtsproduction um so bedeutungsvoller hervor, nämlich auf dem Gebiete der concreten Specialverfügung hinsichtlich der privatrechtlichen Verhältnisse. Eine derartige Rechtsbildung, welche unserem modernen Staatsrechte in jener Anwendung auf das Privatrecht gänzlich fremd ist, indem vielmehr deren Verfahren unter der Bezeichnung Cabinetsjustiz von uns als unstatthaft verworfen wird, war dem römischen Leben wenigstens von der gegenwärtigen Periode an vollkommen unanstößig und zulässig, und wurde auch in der freiesten und ausgedehntesten Maaße in Anwendung gebracht. Derartige Rechtsproductionen nun, welche wir in Ermangelung eines entsprechenderen Ausdruckes auf eine decretive Gewalt zurückführen können, und als deren Träger wir die Juristen, wie auch die Kaiser und die Prätoren [556]) anzuerkennen haben, offenbart sich aber an und für sich stets nur in Beziehung auf den einzelnen Rechtsfall und auf das concrete Rechtsverhältniß, hier aber wieder in der doppelten Modalität, daß diese Satzungen theils in suppletorischer Weise eingreifen, indem sie für den einer rechtlichen Norm gänzlich entbehrenden concreten Fall eine bindende Regel der rechtlichen Beurtheilung aufstellen, theils in correctorischer Weise, indem der gegebenen abstracten gesetzlichen Norm zunächst für den einzelnen Fall die bindende Kraft abgesprochen und eine andere, neugeschaffene Regel substituirt wird. Indem jedoch die neu constituirte Regel entweder durch ihre generelle Fassung zugleich als Norm für ähnliche künftige Fälle sich manifestirte,

556) Papinian. in lib. 6. Quaest. (f. §. 73.) nennt daneben auch die pontifices in Fragen des die Rechte des Einzelnen betreffenden jus sacrum.

oder, insoweit ihr eine nur specielle Beziehung gegeben war, sie doch als Präjudiz für ähnliche künftige Fälle diente, insofern erscheinen zwar auch diese Rechtsproductionen gegenüber diesen künftigen Fällen zugleich als abstracte Normen; allein dieser weitere Moment bleibt für unseren gegenwärtigen Gesichtspunkt gleichgültig, da wir dermalen nur jenen decretiven Character solcher Normen in's Auge fassen.

Was nun zunächst die diesem Gebiete anheimfallende prätorische Rechtsbildung betrifft, so giebt sich dieselbe vornämlich theils in den actiones utiles und in factum, theils in den exceptiones in factum kund, insofern solche im Edicte weder proponirt, noch besonders vorbehalten waren[557]). Zwar mangelt auch hier eine ausdrückliche Berufung auf die aequitas, allein die Letztere ist wenigstens in dem Rescripte des Antoninus Pius bei Marcellus lib. 3 Digest. (s. §. 73.), in welchem diese decretive Gewalt der Prätoren besonders anerkannt wird, ebenso wie anderwärts von den Juristen und Kaisern als die materielle Quelle der neuen prätorischen Rechtssatzung besonders anerkannt.

Dagegen in den Rescripten der Kaiser, wie vornämlich in den Responsen der Juristen nehmen wir zahlreiche Kundgebungen dieser decretiven Gewalt in der Weise wahr, daß bei Derogirung des gegebenen Rechtes das Letztere regelmäßig durch die Bezeichnungen rigor, subtilitas, strictum u. dergl. characterisirt, die neugeschaffene correctorische Norm aber durch die Berufung auf die humanitas, das benignum u. dergl., seltener durch die aequitas oder das aequum et bonum[558]) u. dergl. gerechtfertigt wird. Dagegen bei suppletorischen Rechtsschöpfungen wird die aequitas, aequitatis ratio, die ratio naturalis, das bonum et aequum häufig als Quelle angeführt und dann ihr Gegensatz meist als jus oder juris ratio u. dergl. bezeichnet[559]).

557) Vergl. Labeo bei Paul. lib. 49. ad Edict. s. §. 74.; Papinian. in lib. 2. Respons. s. §. 71.; Ulpian. in lib. 2. Disput. s. §. 71, und lib. 79. ad Edict. (l. 2. §. 1. D. si quis caut. 2, 11.) s. §. 73; Alexander in l. 1. C. de interd. 8, 1. s. §. 73.

558) So findet sich aequitas bei Antoninus Pius in Marcellus lib. 3. Digest. s. §. 73.; aequum et bonum bei Papinian. lib. 5. Respons. s. §. 72.

559) So z. B. bei Labeo in Paul. lib. 49. ad Edict. s. §. 74.; Scaevola lib. sing. quaest. s. §. 73.; Papinian. lib. 2. Respons. s. §. 71.

So sehen wir, wie diese Verschiedenheit der Rechtsbildung zu Rom von Einfluß ist auf das äußerliche Hervortreten der aequitas in den Quellen; allein gleichzeitig knüpft sich auch an solche Distinction jene innere Verschiedenheit der Bedeutung des fünften Principes für die Rechtsbildung, welche wir bereits in §. 66. hervorhoben. Während nämlich die ersten vier Principien — mit Ausnahme natürlich des vierten Principes, insoweit dasselbe lediglich auf die Auffassung des gegebenen Rechtes sich bezieht — sowohl für jene eigentlich legislativen, wie für diese decretiven Rechtsschöpfungen in gleicher Maaße positiv stoffbildend, die Rechtsmaterie selbst gestaltend einwirken, so macht das fünfte Princip in den Händen der eigentlich legislativen Rechtsbildung im Allgemeinen nur in negativer Modalität sich geltend, in der Weise nämlich, daß es einen freien Raum für das richterliche Ermessen öffnet und ebnet. Dahingegen im Munde jener, den römischen Verhältnissen eigenthümlichen decretiven Rechtsproduction gewinnt dieses fünfte Princip eine noch bei Weitem höhere Bedeutung dadurch, daß es nicht blos in jener negativen Weise, sondern auch zu einer positiven Kundgebung gelangt, indem hier das Organ der Rechtsbildung in der That in den Stand gesetzt ist, die Individualität des concreten Verhältnisses allseitig zu berücksichtigen und hierauf sodann eine normative Regel zu stützen.

Auf dieser ihrer Stellung als materieller Quelle, aus der das Recht in seiner steten Fortbildung sich ergänzte, beruht aber vornämlich die hohe und practische Bedeutung der röm. aequitas: sie ist die neben dem Rechte stehende ideelle Potenz, deren Stoff unvermischt aus der Quelle einer wenigstens annäherungsweise absoluten Wahrheit geschöpft wird und ununterbrochen in Recht sich verwandelt, ohne jemals erschöpft zu werden; ein Stoff, der unter dem Einflusse der concreten Anschauung mit noch unübertroffenem juristischen Tacte erkannt und als ein Lieblingskind des römischen Geistes, als Product einer freien Kunst zu Tage gefördert wurde.

§. 76.

Fortsetzung.

(Bedeutung der aequitas für das jus.)

Als Quelle jurisdictioneller Entscheidung gelangt die aequitas nur in Vertretung des fünften Principes in der in §. 66 angegebenen Modalität zu maaßgebendem Einflusse, diesfalls aber auch sowohl für den außergerichtlichen compromissorischen arbiter, wie für die öffentliche erkennende Behörde. Die erstere dieser beiden Beziehungen bedarf keiner weiteren Erörterung, dagegen die Anwendung der aequitas von Seiten des Richters betreffend, so haben wir vor Allem uns zu vergegenwärtigen, wie dasjenige, was wir im modernen Staatsleben als die richterliche Gewalt begreifen, im röm. Staatsrechte ein doppeltes Stück umfaßte, nämlich theils die Instruction des Processes, theils die Entscheidung der Sache selbst. Die Erstere kam nur den Prätoren, wie anderen Magistraten zu, während die Letztere den Richtern und Richtercollegien, wie auch den Kaisern, und ebenso den Prätoren bei den causae extraordinariae, oder besonderen Behörden z. B. dem consilium manumissionis zustand. In allen diesen Fällen rechtlicher Entscheidung griff nun die aequitas nur in jener in §. 66 angegebenen beschränkteren Maaße Platz, und während die legislativen Organe bei ihrer rechtsconstituirenden Thätigkeit in Anwendung von jener äußerlich nicht beschränkt erscheinen, so ist bei der rechtlichen Entscheidung lediglich ein suppletorischer Gebrauch der aequitas und selbst dieser nur insoweit statthaft, als entweder vom Gesetzgeber oder vom Proceß instruirenden Magistrate dazu Gelegenheit und Raum besonders nachgelassen ist.

Vom Gesetzgeber selbst geht aber eine solche Veranlassung, ja Ermächtigung zur Entscheidung nach Maaßgabe der aequitas in der Weise aus, daß der Thatbestand, an welchen die gesetzliche Disposition angeknüpft ist, zwar gegeben, aber nicht als ein absoluter determinirt ist. Denn die gesetzlichen Dispositionen sind in der hier fraglichen Beziehung von doppelter Beschaffenheit, je nachdem nämlich die Ausdrücke, welche den gesetzlich erforderten Thatbestand angeben, Begriffe vertreten, die ihrem Inhalte, wie Umfange nach genau und ein für allemal bestimmt

sind, oder aber Begriffe, die lediglich ein thatsächliches und wirkliches Relativum vertreten. In dieser Weise enthält z. B. die Festsetzung von einer Stunde einen seinem Umfange nach fest abgeschlossenen Begriff, weil nur das Maaß von 60 Minuten, kein anderer Zeitraum darunter fällt, während die mäßige Zeit ebensowohl 30, als 60 Minuten umfassen kann und somit ihrem Umfange nach mehr oder minder unbestimmt erscheint. Einen ähnlichen Gegensatz bietet ferner z. B. der Begriff der Nichtzahlung einerseits, des Verzuges andrerseits. Da nun im ersteren Falle der gesetzliche Thatbestand in jeder Beziehung als ein absoluter determinirt ist, so besteht hier die Thätigkeit des Richters einzig und allein darin, im Wege einer Subsumtion des concreten Falles unter den gesetzlich gegebenen Thatbestand zu einer Conclusion zu gelangen, welche, das Urtheil bildend, die abstract ausgesprochene Rechtsregel auf den vorgelegten Fall überträgt und so concret reproducirt. Dagegen im anderen der beiden obigen Fälle, wo der gesetzlich gegebene Thatbestand lediglich als ein relativer determinirt ist, umfaßt das richterliche Officium den doppelten Moment, daß der Richter nicht allein jene Subsumtion vornimmt, sondern auch im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse des ihm vorliegenden concreten Verhältnisses den noch unbestimmten Umfang des gesetzlich gegebenen Begriffes selbstständig determinirt, indem er nach eigenem Ermessen entscheidet, ob dieser Begriff den vorgelegten Thatbestand mit umfasse oder nicht. Somit enthält hier die richterliche Thätigkeit nicht allein den logischen Syllogismus, d. i. jene Subsumtion, sondern auch eine auf den concreten Fall bezogene nähere Determinirung des gesetzlich gegebenen, thatsächlichen und wirklichen Relationsbegriffes.

Bei derartigen legislativen Relationsbegriffen tritt nun die aequitas als Quelle des Rechts hervor, so z. B. beim Begriff der mora[560]), der impensae necessariae[561]), des tempus restituendi[562]) u. a. m. und wird auch von den römischen Juristen

560) Marcian. lib. 4. Regul. (l. 32. pr. D. de usur. 22, 1.), s. unten Note 570. Diese Stelle ist sehr bemerkenswerth, weil sie beweist, wie klar **die Römer den obigen Unterschied erkannten.**

561) Celsus lib. 3. Dig. (l. 38. D. de R. V. 6, 1.).

562) §. 2. J. de offic. jud. 4, 17.

namentlich hervorgehoben, so von Celsus in Paul. lib. 17. ad Plaut. (s. §. 73) bezüglich der mora, von Scaevola in lib. sing. Quaest. (s. §. 73) bezüglich der accessiones possessionum, von Ulpianus in lib. 25. ad Edict. (s. §. 73) bezüglich der sumtus funeris bei der actio funeraria und in lib. 51. ad Edict. (s. §. 73) bezüglich des modicum tempus ad solutionem legati. Die überwiegend häufige Anwendung findet in dieser Maaße die aequitas im Processe durch den Richter und dann bietet eine besondere Veranlassung ihres Gebrauches auch der Fall, wenn bei einem Rechtsgeschäfte eine Wortfassung angewendet ist, welche gleichfalls nur einen Begriff von jenem unbestimmten Umfange an die Hand giebt, indem auch diesfalls der Richter nach Maaßgabe der aequitas ergänzend und feststellend eingreift. Beispiele hierfür bieten Venulejus lib. 1. Stipul. (l. 137. §. 1. 2. D. de V. O. 45, 1.), Ulpian. lib. 50. ad Sabin. (l. 41. pr. D. eod.), sowie lib. 51. ad Edict. (l. 71. §. 2. D. de legat. I.), wo in Stipulationen und Legaten die Angabe der Leistungsfrist fehlte [563].

Ebenso greift in anderen Fällen einer der richterlichen analogen Cognition die aequitas in jener Maaße Platz, so z. B. Seitens des Prätors hinsichtlich der Frage, was eine justa causa der in integrum restitutio ist, in Folge der clausula generalis im Edicte [564]; ferner bezüglich der justa causa manumissionis Seitens des consilium manumissionis nach der lex Aelia Sentia u. a. m., wie denn auch die Fälle hierher zu ziehen sind, wo der Prätor die Ertheilung einer Klage von einer vorgängigen speciellen Cognition abhängig macht [565].

Von Seiten des den Proceß instruirenden Inhabers der jurisdictio dagegen wird dem Richter in doppelter Modalität die Ermächtigung zur Entscheidung nach Maaßgabe der aequitas ertheilt, und zwar zunächst in der nämlichen Weise, wie von Sei-

563) Dies gilt jedoch nur insoweit, als eine derartige Unbestimmtheit der Willenserklärung nicht zur Nullität der betreffenden Bestimmung führt; so z. B. in der von Ulpianus lib. 1. Respons. (l. 31. D. de usur. 22, 1.) angegebenen Beziehung.

564) Vergl. Ulpian. in lib. 12. ad Edict. s. §. 73.

565) So z. B. Interdum causa cognita, etsi, scientia non sit, in factum actionem permittam im Edicte Quae Lucius Titius fraudandi causa in l. 10. pr. D. quae in fraudem credit. 42, 8.

ten des Gesetzgebers, indem in der formula ein seinem Umfange nach unbestimmter Begriff gesetzt ist. Dies tritt namentlich ein bei allen condemnationes infinitae und cum taxatione [566]), wo der Richter unter Erwägung der Individualität des concreten Falles den Umfang des quanti res est und dergl. bestimmt. In diesen Fällen macht sich die aequitas in gleicher Maaße wie bei dem obigen Verhältnisse geltend, wird jedoch nicht in der gleichen Maaße hervorgehoben.

Im Wesentlichen das nämliche Verhältniß waltet ob bei den bonae fidei judicia. Denn indem hier der Richter zu entscheiden hat, was der Beklagte dem Kläger zu leisten hat „ex bona fide" d. i. ex aequo et bono [567]) und somit die aequitas als Richtschnur des Verhaltens des Beklagten anerkannt wird, so wird hiermit dem Richter die Entscheidung darüber in die Hand gelegt, was in dem zu beurtheilenden Falle als Gebot der aequitas anzusehen sei, und diese Fixirung des Umfanges der durch die aequitas gebotenen Pflichten des Beklagten kann selbst nur nach Maaßgabe der aequitas erfolgen. Hier wird daher von Gajus IV, 61., Paulus lib. 3. ad Plaut., Tryphoninus lib. 9. Disput. (s. Beilage VII. §. 13.) die Herrschaft der aequitas besonders hervorgehoben.

Einem anderen Gesichtspunkte sind diejenigen Fälle unterzuordnen, wo der Prätor den Richter geradezu anweist, nach Maaßgabe der aequitas zu erkennen. Dies geschieht bei den actiones in aequum et bonum conceptae durch die Formeln: quantum ob eam rem aequum judici videbitur, quanti bonum aequum judici videbitur, quanti ob eam rem aequum videbitur, aequius melius [568]) und dergl., sowie bei den actiones arbitrariae durch die Clausel nisi arbitratu tuo restituet [569]). Bei beiden Classen von Klagen erkennen die römischen Juristen das Walten der

566) Vergl. Keller, Civilproc. p. 168 ff.

567) Vergl. Beilage VII. unter A.

568) l. 1. pr. D. de his qui effud. 9, 3. — l. 42. D. de aedil. ed. 21, 1. — l. 3. pr. D. de sepulcr. viol. 47, 12. — Cic. Top. 17. de Off. III, 15. l. 82. D. de solut. 46, 3. l. 66. §. 7. solut. matr. 24, 3.

569) Vergl. Beilage VII. §. 28. Analog ist die Formel in der actio injuriarum auf das servum verberandum exhibere nach Ulp. lib. 57. ad Edict. (l. 17, §. 4—6. D. de injur. 47, 10.).

aequitas besonders an, und zwar bei den arbitrariae actiones Ulpian. in lib. 27 ad Edict., sowie der Jurist, aus welchem §. 31. J. de action. 4, 6. (s. §. 73) entnommen ist, bezüglich der actiones in bonum et aequum conceptae aber, z. B. bei der injuriarum actio Ulpianus in lib. 57. ad Edict. (s. §. 73.), Paulus in lib. 55. ad Edict. (s. §. 73.) und in lib. sing. de concurrent. action. (s. §. 71.).

In allen diesen Fällen richterlicher Cognition erscheint nach römischer Anschauung als Vehikel der aequitas das factum im Gegensatze zum jus [570]), während das Recht, insofern es diesem Wirken der aequitas sich entzieht, als merum jus [571]) sich characterisirt im Gegensatze zu den in der obigen Weise der aequitas sich unterordnenden und unter deren Einflusse in concreto verschieden sich gestaltenden Rechtssatzungen. Dagegen der Richter, insoweit, als in dieser Maaße die aequitas leitende Norm seiner Entscheidung ist, wird zum vir bonus oder bonus judex, sein Urtheil aber zum arbitratus oder arbitrium [571a]).

---

570) So namentlich Marcianus lib. 4. Regul. (l. 32. pr. D. de usur. 22, 1.): Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est si interpellatus opportuno loco non solverit; quod apud judicem examinabitur. Nam, ut et Pomponius lib. XII. Epistol. scripsit: difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit: an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse, quum sit magis facti, quam juris; auch Paulus lib. V. ad Sabin. (l. 24. D. de R. J.): Quatenus cujus intersit, in facto non in jure consistit. In gleicher Weise wird ein Verhältniß, dessen rechtlicher Character lediglich auf einem Schutze des Prätors beruht, factum im Gegensatze zum jus genannt, so z. B. von Paulus lib. 3. ad Edict. (l. 27. §. 3. D. de pact. 2, 14): in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur; ebenso von Modestinus lib. 8. Different. (l. 10. D. de capit. minut. 4, 5.), und hieraus erklärt sich die Benennung actio, exceptio in factum. Vergl. im Uebrigen Schilling, Instit. §. 6 Note f. §. 68. Zusatz. Böcking, Pand. 2. Aufl. §. 102. Note 1.

571) So bei Paulus lib. 54 ad Edict. (l. 4. §. 27. de usurp. 41, 3.): nec de via quis mero jure detruditur; Ulpianus lib. 11. ad Edict. (l. 16. pr. de min. 4, 4.): si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium. Merum jus bezeichnet somit eine ganz specielle Beziehung des strictum jus.

571a) Vergl. Beilage VII. unter D.

§. 77.

Strictum jus.

Der Begriff des jus, insoweit mit diesem die aequitas in eine der in §. 75. 76. angegebenen Verbindungen tritt, bedarf keiner weiteren Erörterung; denn jene Verbindung involvirt weder eine logisch systematische, noch eine derartige materiale Beziehung beider Begriffe zu einander, welche eine wesentliche Relation zwischen denselben begründete. Daher wird der Begriff des Rechtes durch den Begriff der aequitas nicht afficirt und fällt in Folge dessen auch nicht unter diejenigen Objecte, deren besondere Erörterung die Aufgabe dieses Capitels bildet. Eine Ausnahme hiervon tritt jedoch insoweit ein, als die aequitas zum Maaßstabe der werthschätzenden Beurtheilung des Rechtes sich erhebt und aus dieser ihrer Operation eine Eintheilung des jus selbst in ein strictum oder subtile oder civile jus und in ein aequum et bonum oder naturale jus (im Sinne eines benignum oder aequum jus) hervorgeht. Hier erscheinen diese beiden sich ergebenden Glieder als Theile einer Begriffsreihe und durch die systematische Form der Eintheilung verbunden, daher hier eine weitere Erwägung des Wesens dieser Eintheilung und der daraus sich ergebenden Prädicirung des Rechtes nothwendig wird.

Der Begriff des aequum et bonum (im Sinne eines aequum jus) unterliegt hierbei durchaus keinem Bedenken, indem derselbe als Inbegriff derjenigen Rechtssatzungen sich darstellt, welche unter der Herrschaft der durch die aequitas gebotenen Principien stehen und somit der ratio aequitatis oder naturalis ratio oder humanitas oder benignitas sich unterordnen. Dagegen der Begriff des strictum jus bestimmt sich zwar in entsprechender Weise als Summe derjenigen Rechtssatzungen, welche von den dem jus anheimfallenden Principien beherrscht und somit von einer juris oder civilis oder stricta ratio oder subtilitas oder einem rigor juris bestimmt werden, allein mit dieser Begriffsbestimmung entsteht zugleich die weitere Frage, in welcher Weise der rigor juris selbst von den römischen Juristen definirt worden ist, und gerade diese Frage wiederum ist es, die wir zwar auf Grund unserer Erkenntniß des historischen Entwickelungsganges des römischen Rechtes zu beantworten anstreben mögen und im

III. Thl. auch unternehmen werden, für welche aber die Theorie selbst der römischen Juristen nur unsichere und schwankende Unterlagen bietet.

Der Hauptpunkt, worauf es hierbei in letzter Instanz ankommt, ist, die Principien zu erkennen, von welchen, als dem rigor juris, das älteste römische Recht im Allgemeinen beherrscht wurde. Die hiermit in unmittelbarer Berührung stehende Frage aber, welche gegenwärtig für uns bestimmend ist, geht dahin, festzustellen, ob die römischen Juristen selbst zu einer klaren und bewußten Erkenntniß dieser Principien sich erhoben, oder ob sie des rigor juris nur als einer reinen Negation der aequitas und der in dieser festgestellten fünf Principien sich bewußt geworden sind. Jene erstere Auffassung würde den rigor juris und das strictum jus als conträren, somit positiven Begriff der aequitas und dem aequum et bonum gegenüberstellen, und auf eine Eintheilung hinweisen, als deren leitender Gesichtspunkt die herrschenden Principien des Rechtes im Allgemeinen anzusehen wären und als deren Glieder in der aequitas und dem rigor zwei im Wesentlichen positive Principien einander gegenübertreten würden, während die andere Auffassung den rigor, wie das strictum jus lediglich als contradictorischen, somit rein negativen Begriff der aequitas und dem aequum et bonum entgegensetzen und auf einen Eintheilungsgrund zurückführen würde, der überhaupt das Verhalten des Rechtes zur aequitas in's Auge fassen und je nach dessen Uebereinstimmung oder Disharmonie dort als das Uebereinstimmende ein aequum et bonum, hier als das nicht Uebereinstimmende ein strictum jus feststellen würde. Diese letztere Auffassung nun, welche für uns einen nur untergeordneten Werth haben kann, tritt mehrfach ganz unverhüllt zu Tage, so namentlich bei Gaj. lib. 16. ad Edict. prov. und Instit. III, 18—24. (s. §. 70.), bei Paulus lib. 41. ad Edict. (s. §. 70), bei Labeo in Ulp. lib. 37. ad Edict. (s. §. 71.), indem hier allenthalben das strictum jus, der rigor als rein negative Größe, als bloßer Inbegriff der Deficienz der Principien der aequitas, dieser selbst, wie dem aequum et bonum gegenübergestellt wird. Zwar finden wir hierneben nun auch Stellen, in denen strictum jus und rigor auf ein selbstständiges und positives Princip hinweisen und somit auf das Gebiet des conträren Gegensatzes übertreten, so

namentlich Gaj. III, 137., IV, 30., Ulpian. lib. 48. ad Sabin. (s. §. 72.)[572]); allein wie wenig wir immerhin verkennen mögen, daß in derartigen Aussprüchen die römische Jurisprudenz sich in der That einer Erkenntniß der in dem alten Rechte sich offenbarenden Principien annäherte, so bleiben doch jene nur an der Gränze des Gebietes solcher Erkenntniß stehen, ohne zu einer klaren und bewußten abstracten Anschauung, zu einer den gegebenen Stoff einheitlich erfassenden und durchdringenden Herrschaft sich zu erheben. Dies Resultat ist bedingt schon durch die Thatsache, daß die abstracte und speculative Anschauung der Principien der aequitas selbst mangelt, vielmehr im Allgemeinen nur in Detailfragen und concreten Erscheinungsformen die Erkenntniß dieser Principien zu Tage tritt und wirksam wird (vergl. §. 66.). Indem daher die höhere, selbstbewußte Einheit des Wissens der eigenen leitenden Grundideen mangelte und die aequitas meist nur stückweise und in einzelnen Punkten erschaut ward, so wirkt nun diese unvollendete Auffassung auf die Erkenntniß der historisch gegebenen Gegensätze zurück und läßt auch diese nicht in ihrer Totalität und in ihren allgemeinen bestimmenden Grundzügen wahrnehmen.

So gewinnen wir für unseren gegenwärtigen Gesichtspunkt das Resultat, daß, wie einerseits die römische Theorie des Wesens der aequitas nur in unvollkommenerer Maaße sich bewußt geworden ist, so andrerseits sie in Fixirung des Begriffes von rigor und strictum jus ebensowenig zu klarer abstracter Anschauung, zu einem allgemeinen Gesammtüberblicke sich erhob, vielmehr noch in den ersten Stadien des Erkenntnißprocesses stehen geblieben ist.

Dieses Resultat wird auch bestätigt durch die Lehren des Labeo von der aequitas civilis, wie des Paulus von der utilitas, indem in diesen das vergebliche Bestreben sich offenbart, jenem

572) Nicht in Betracht kommen Stellen, wie Julianus lib. 29. Digest. s. §. 72., Papinianus lib. 5. Respons. s. §. 72., Ulpian. lib. 2. Disput. s. §. 71., Marcianus lib. sing. ad form. hyp. s. §. 71.; denn in allen diesen Stellen wird eine rein concrete Entscheidung nach Maaßgabe des rigor juris ohne weitere Beziehung auf das Wesen des rigor selbst gegeben; jenes bleibt aber gleichgültig gegenüber der Frage nach dieser Wesenheit, weil auch das negative Princip zu einer positiven Entscheidung führen kann.

rigor und strictum jus die vollkommenere Existenz einer positiven Grundlage dadurch zu erringen, daß aequitas civilis und utilitas zum leitenden Princip des jus civile erklärt werden. Von der Lehre des Labeo insbesondere wissen wir jedoch ein Mehreres nicht, als was bei Ulpian lib. 37. ad Edict. (s. §. 71.) uns überliefert ist, daß nämlich der naturalis aequitas eine civilis aequitas gegenüberstehe, daher die letztere nothwendiger Weise als Inbegriff eigener, selbstständiger und zwar positiver Rechtsprincipien zu denken ist. Allein wenn immer in dieser Auffassung der erste Schritt zur Annäherung an die Wahrheit zu achten ist, so werden wir dennoch hinter jener Lehre in der That Nichts weiter, als diese ersten Anfänge zu suchen haben, da, wenn Labeo wirklich ein Mehreres geleistet hätte, die erkannten Wahrheiten in der römischen Jurisprudenz entschieden nicht wieder verloren gegangen sein würden.

Dieser Lehre des Labeo in zeitlicher Beziehung zunächst steht Julianus, der in lib. 86. Dig. (s. §. 73.) in den Worten:

Multa autem jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse,

erkennen läßt, wie bei ihm jene aequitas civilis in eine utilitas communis sich verwandelte, hiermit aber die Letztere zum leitenden Grundprincipe des jus civile sich erhebt.

An dieses Dogma schloß sich Paulus an: gleichwie nämlich das jus naturale ein aequum et bonum ist und somit in der aequitas sein maaßgebendes Princip findet, so ist, lehrt Paulus in lib. 14. ad Sabin. (s. §. 69.), das jus civile ein jus utile und erkennt somit in der utilitas seine leitende Grundidee an. Dieses jus utile oder civile aber ist zugleich auch das in lib. 2. Sentent. (s. §. 73.) besonders erwähnte jus strictum, wie sich daraus ergiebt, daß jenes, in nothwendiger Vertretung dieses Letzteren, den directen Gegensatz zur aequitas und naturalis aequitas selbst bildet, wie in lib. 41. ad Edict. (s. §. 70.) und lib. 71. ad Edict. (s. §. 74.) [572a]); daher ist denn auch der rigor juris lediglich jene utilitas und diese Letztere wiederum tritt in den Gegensatz

572a) Nicht widerstreitet lib. 15. ad Sabin. (s. §. 72.), da hier utilitas zwar im Gegensatz zur stricta ratio steht, allein gleichzeitig auch die aequitas vertritt, woraus sich ergiebt, daß in jener Stelle utilitas überhaupt ohne jene Beziehung zur obigen Theorie gesagt ist.

zur aequitas oder humanitas oder naturalis ratio, wie dies auch einige Bestätigung findet durch lib. sing. de jur. sing. (l. 16. D. de leg. 1, 3.):

Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

Auch in dieser Lehre erkennen wir somit aus den vereinzelten, bis auf uns herab sich erhaltenen Spuren das anerkennenswerthe Bestreben, die dem strictum jus eigenthümlichen Principien im Gegensatze zu der aequitas als positive Größen zu construiren. Allein auch dieser Versuch erscheint verfehlt einestheils, weil auch Paulus nicht vermochte, zu einer abstracten Anschauung und zum allgemeinen Begriffe der einzelnen, dem rigor juris sich unterordnenden Principien des alten Rechtes sich zu erheben, hiermit aber die richtige Einsicht in das wahre Wesen der Sache und der wirkliche und reelle Gewinn der Aufstellung eines Inbegriffes positiver Principien unerreicht blieb; sodann aber auch, weil der Grundgedanke selbst, von welchem Paulus in jenem Dogma ausging, ein irriger war. Denn zwar mochte sich die civilis ratio im Gegensatze zur naturalis ratio nicht mit Unrecht als utilitas characteristren lassen (vergl. §. 58. bei Note 483.), allein, indem das jus civile mit dem strictum jus, gleichwie das jus naturale mit dem aequum et bonum verbunden und somit die utilitas mit dem rigor juris identificirt wurde, so erwuchs hiermit ein Fehler, der darin beruht, daß nunmehr der rigor juris oder die utilitas der aequitas in Wahrheit nicht in der Weise als ausschließender Gegensatz sich entgegenstellt, wie dies die Beschaffenheit des Gegensatzes von strictum jus und aequum et bonum an sich, und somit auch in seinen leitenden Principien erfordert (s. Note 572[a]).

Als Gesammtresultat aller obigen Erörterungen dürfen wir daher den Ausspruch hinstellen, daß die römischen Juristen zu einer Construction des rigor juris als Inbegriff positiver Principien sich nicht erhoben, sondern im Wesentlichen nur zu einer negativen Feststellung der betreffenden Principien gelangten, indem alle auf jenes Ziel gerichteten Versuche scheiterten und in der Hauptsache erfolglos blieben, demgemäß aber auch das strictum jus im Wesentlichen nur als negativer Begriff in den Quellen uns entgegentritt, als reine Verneinung nämlich des der aequitas sich unterordnenden Bestandtheiles des Rechtes.

§. 78.

Resultat.

Ein Rückblick auf die Schicksale der aequitas in der gegenwärtigen Periode zeigt, wie das gewichtigste und folgenreichste Ereigniß auf dem Gebiete dieser Lehre darin bestand, daß die Sphäre der wissenschaftlichen aequitas zum Umfange der vulgären aequitas sich erweitert: die Wissenschaft nimmt die Gesammtheit der Postulate der volksthümlichen Rechtsanschauung in sich auf und erhebt sich somit zur wahren Repräsentantin des rechtlichen Bewußtseins der Nation Und indem hierbei die Mannichfaltigkeit des gegebenen Stoffes, wenn auch weniger zur Allgemeinheit des leitenden Begriffes selbst abstrahirt, sondern überwiegend nur in concreter Beziehung und in Darlegung der besonderen Erscheinungsform offenbart ward, so treten doch hierin immerhin bestimmte maaßgebende Principien hervor und wirken in ihrer mehr concreten und allgemein verständlichen, dabei aber wissenschaftlichen und präciseren Kundgebung kräftigend auf das Rechtsbewußtsein der Nation selbst zurück, indem sie die leitenden Ideen, welche die allgemeine Richtung des Zeitgeistes in Bezug auf das Recht bestimmten, zu einer deutlicheren Erkenntniß führten. Indem somit die Principien der aequitas immer schärfer zu Tage traten und bestimmter sich abgränzten; indem die ihnen untergeordnete Materie mehr und mehr sich gruppirte und abschichtete, hiermit aber der Gesammtinhalt der Anforderungen der volksthümlichen Rechtsüberzeugung einen wissenschaftlichen und bestimmteren Ausdruck erhielt, so haben wir gerade hierin das besondere Verdienst und die dieser Periode eigene That anzuerkennen, während das Hervortreten selbst und die Verwirklichung aller dieser Principien in der Rechtsbildung bereits in den früheren Jahrhunderten ihren Anfang nahm. Wohl aber wirkte jenes allgemeinere Erkennen und bestimmtere Aussprechen der der aequitas inliegenden Ideen auf die Rechtsbildung selbst wiederum fördernd und kräftigend ein, indem die Letztere nunmehr mit größerer Bestimmtheit und in umfassenderer Weise jene Principien der aequitas verwirklichte und in den bürgerlichen Verkehr einführte.

Jene wissenschaftliche, höhere Erkenntniß der aequitas beruht

aber selbst auf dem in §. 51. hervorgehobenen Umstande, daß mit der gegenwärtigen Periode eine ausgebildete Reflexion über das Wesen des Rechtes und dessen Materie die Wissenschaft zu einer vollkommeneren Herrschaft über ihren Stoff erhob, und daß die Thatsache, wie in dem Rechte selbst mannichfache Gegensätze sich vorfanden, ja andrerseits auch dasselbe in zahlreichen Punkten in einem Widerspruch mit der herrschenden rechtlichen Ueberzeugung stand, zu eigener umfassender Erkenntniß und zu vollkommenerem Bewußtsein der Wissenschaft gelangte. Denn in Folge dieses Gegensatzes erhebt sich die aequitas in größeren Dimensionen aus der Sphäre der vulgären Anschauung und erlangt, in die Wissenschaft eintretend, hier einen mächtigen Einfluß auf die Rechtsbildung und damit zugleich jene Freiheit der Bewegung, die andererseits wiederum darauf beruht, daß die aequitas in Wahrheit von dem Rechtsbewußtsein der gesammten Nation getragen ist.

Zugleich regte aber auch diese Erkenntniß wiederum zu weiterer Forschung nach den Principien selbst des Rechtes im Allgemeinen an, wovon wir namentlich bei Labeo und Paulus die deutlichsten Spuren vorfinden.

Mit dieser wissenschaftlichen Erkenntniß der aequitas concurrirt als selbstständiger Moment die Verbindung des aequum et bonum mit dem jus naturale, ein Vorgang, der in § 61. 64. u 95. näher besprochen ist und insbesondere dadurch folgenreich wird, daß nunmehr die aequitas eine theoretisch begründete, speculative Substruction und damit eine bestimmtere und festere Stellung erhält, die ihr gestattet, mit größerer Sicherheit und Freiheit gegenüber dem gegebenen Rechte in ihrem Urtheile aufzutreten, wie mit größerer Bestimmtheit und mit mehr Nachdruck ihren Postulaten die Verwirklichung im Rechte zu beanspruchen und zu erringen.

Alle diese Umstände wirken aber wiederum in der doppelten Weise, daß die aequitas von den Organen der Rechtsbildung, wie von den Trägern der Doctrin theils äußerlich mehr hervorgehoben und ausgezeichnet, theils zu einer umfassenderen, wie nachdrucksvolleren Wirksamkeit erhoben wird. Denn ebensowohl wird nunmehr dem Urtheile über die Disharmonie des Rechtes mit der aequitas regelmäßig eine practische Folgewir-

kung beigelegt, wie andrerseits auch, indem die sich erweiternde Reflexion zur Erkenntniß der im Rechte gegebenen Gegensätze führte, die Wissenschaft eine häufigere Veranlassung zu solchem Urtheile fand, um so mehr, als der Gegensatz zwischen dem von Alters überlieferten Rechte und der Rechtsanschauung der Nation immer schroffer hervortrat.

So nun gewinnt die aequitas eine hohe und weitgreifende Bedeutung für die römischen Rechtszustände, und dies unter der Mitwirkung, namentlich von äußeren Umständen, als welche wir insbesondere die freie Stellung des Prätor in Bezug auf die Instruction des Processes, theils die Leichtigkeit und Beweglichkeit in der Thätigkeitsentfaltung der rechtsconstituirenden Organe anzuerkennen haben. Im Einzelnen aber tritt jene Bedeutung der aequitas theils in der Rechtsbildung, theils in der Rechtspflege, theils endlich als wissenschaftliche Operation hervor, insofern nach jener, als nach einem Werthmesser für das Recht, das Letztere abgeschätzt und beurtheilt wird.

In Bezug auf die Rechtspflege insbesondere wirkt zunächst nur das fünfte Princip der aequitas, und dies nur auf demjenigen Gebiete, welches die Gesetzgebung hierfür offen gelassen hat, indem nun bei Anwendung des Rechtes jene räumlichen Lücken desselben nach Maaßgabe der aequitas mit Rücksicht auf die Individualität des concreten Verhältnisses ergänzt und geschlossen werden.

Dagegen in Bezug auf die Rechtsbildung wirkt die aequitas zwar, in Folge besonderer Verhältnisse, auch in ähnlicher Weise, wie bei der Rechtspflege, allein ihr Haupteinfluß giebt in der Richtung sich kund, daß sie in positiver Weise das gegebene Recht umgestaltet. Hier aber ergänzt sie nicht allein die Dürftigkeit des Letzteren, sondern sie beseitigt auch den starren und unbeugsamen Character der von Alters her überlieferten Satzungen durch Rechtsschöpfungen freieren und geschmeidigeren Wesens. So wirkt hier die aequitas gleich der Idee des Schönen im Reiche der Kunst: die harten, eckigen und kargen Bildungen der älteren Zeit in einen Körper mit weichen, wohlgerundeten und vollen Formen verwandelnd, erschafft sie ein Gebild von plastisch schönem Ebenmaaß.

Viertes Capitel.

Jus gentium.

§. 79.

Merkmale des jus gentium im Allgemeinen.

In dem jus gentium der ersten Periode erkannten wir ein Recht, dessen Wesenbestimmung und dessen Materie einzig und allein durch historische Bildung und frei von aller wissenschaftlich-speculativen Reflexion gegeben war; ein Recht, dessen Gränzlinie gegenüber dem jus civile insbesondere ebenmäßig nur durch das Bedürfniß des geschäftlichen Verkehres sich bestimmt hatte: ein Recht daher, welches durchgehends empirisch und unberührt von den umgestaltenden Einflüssen einer wissenschaftlichen Theorie geblieben war.

Dieses Verhältniß erlitt mit der gegenwärtigen Periode eine wesentliche Umgestaltung: die höhere wissenschaftliche Speculation, welche, die begabtesten Geister der Nation zu neuen, fruchtbringenden Ideen anregend, auf allen Gebieten der Wissenschaft und Kunst ihre Schwingen entfaltete, und innerhalb der Jurisprudenz vornämlich in der Lehre vom jus naturale gipfelte; sie bemächtigte sich auch jener staatsrechtlichen Distinction eines jus civile und jus gentium und ergriff somit einen ihr anscheinend heterogenen Stoff, denselben in ganz neuer und selbstständiger Weise zu verarbeiten, ihn mit fremden, philosophischen Ideen zu durchdringen und zu inspiriren, und auf diesem Wege ihm eine höhere, über die rein historische Construction sich erhebende Unterlage zu geben, andrerseits aber auch ihn in Wahrheit wesentlich zu transsubstantiiren.

Die speculative Forschung tritt hierbei mit dem jus gentium in einer doppelten Weise in Berührung, indem ein zwiefältiger

Gesichtspunkt es ist, den sie in dieses hineinträgt und dem entsprechend sie nach doppelter Richtung hin den Stoff und das Wesen des jus gentium erforscht und erkennt. Einmal ist es der rein philosophische Standpunkt, von welchem aus das jus gentium überschaut wird: man erforscht die letzte materielle Quelle des gegebenen Rechtes im Allgemeinen und indem man erkennt, daß ein Theil desselben, jus civile genannt, lediglich auf staatlicher Constituirung, ein anderer Theil zugleich auf höchster Rechtswahrheit beruht, und somit als jus naturale sich characterisirt, so wird nun in dem jus gentium dieser positiv verwirklichte, absolute Rechtsstoff, dieses reale jus naturale anerkannt. Sodann ist es der rein positiv-rechtliche, durch die comparative Jurisprudenz gebotene Standpunkt, von welchem aus das jus gentium dem prüfenden Urtheile unterstellt wird. Indem man hier die einzelnen Rechtssätze und Institute je nach ihrer Gültigkeit und Anerkennung in den Landrechten der verschiedenen Nationen in's Auge faßt und hierbei zu der Wahrnehmung gelangt, daß von dem von Seiten des römischen Volkes anerkannten Rechte ein Theil in den Legislationen aller bekannten Völker in mehr oder minder genau gleichmäßiger Ausprägung sich vorfand, wogegen der andere Theil desselben lediglich dem römischen Volke bekannt erschien, so erkannte man wiederum in dem jus gentium jenes jus commune omnium gentium an, während das jus civile als das jus proprium populi Romani sich darstellte.

Den maaßgebenden Gesichtspunkt, der diese zwiefältige Speculation in das jus gentium hineintrug und die Berührung jener verschiedenartigen Elemente vermittelte, ergab die Forschung nach dem letzten Grunde der bindenden Kraft und Herrschaft des Rechtes, welche mit der gegenwärtigen Periode in den Kreis der von der Jurisprudenz ventilirten Fragen hineintrat. Für diese Frage mußte von maaßgebender Wichtigkeit die Eintheilung des Rechtes in ein jus gentium und jus civile erscheinen, und, indem nun auf beide Materien die Forschung sich erstreckte, so leiteten die hierbei aufgefundenen Sätze die Reflexion allmählig zu den obigen beiden Gesichtspunkten hin.

Indem man nun, von hier aus sich rückwärts wendend, aus der gewonnenen Erkenntniß wiederum Criterien für das

jus gentium und jus civile entnahm, und solche denselben ohne Weiteres attribuirte, so gelangte man hiermit zu dem Resultate, daß dem jus gentium, wie dem jus civile je drei verschiedene Merkmale zukommen.

Indem wir nun zunächst diese drei Merkmale in ihrer Gesammtheit constituiren, werden wir sodann in §. 80 sq. die einzelnen derselben der Erörterung unterwerfen.

Zunächst in der ersteren Beziehung gehen wir von einer Stelle aus, die uns ex professo und in der erschöpfendsten Weise das Material für unsere Zwecke an die Hand giebt, von Gaj. I, 1. nämlich, welche lautet:

Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur.

Diese Stelle zerfällt zunächst in zwei Theile, deren einer die Angabe enthält, daß das Recht in ein jus commune und jus proprium zerfällt, und deren anderer diese Bestandtheile des Rechtes näher determinirt.

Die erste jener beiden Parthien unserer Stelle umfaßt theils den Eingang, wo die bezügliche Bemerkung ganz im Allgemeinen und im Hinblick auf die Legislationen aller Völker hingestellt ist, theils den Ausgang, wo die nämliche Bemerkung in Bezug auf das von den Römern in Anwendung gebrachte Recht insbesondere gleichlautend wiederholt ist.

Der zweite Theil jener Stelle characterisirt endlich die statuirten beiden Bestandtheile des Rechtes und zwar zunächst das jus civile theils als ein jus, quod quisque populus ipse sibi constituit, theils als ein jus ipsius populi proprium, theils als ein quasi jus proprium ipsius civitatis, während der Eingang und Ausgang der Stelle dieses Recht dem betreffenden Volke als ein suum proprium jus attribuirt. Das jus gentium dagegen wird entsprechend characterisirt theils als ein jus, quod ratio

naturalis inter omnes homines constituit, theils als ein jus quod apud omnes populos peraeque custoditur, theils als quasi quo jure omnes gentes utuntur, theils endlich im Eingange und Ausgange der Stelle als ein commune omnium hominum jus.

Somit stellt Gajus ein dreifaches Criterium des jus gentium auf, und zwar:

a. jus quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, welches wiederum ein doppeltes Merkmal umfaßt, nämlich das jus inter omnes homines constitutum, und das jus, quod naturalis ratio constituit;

b. das jus quod apud omnes populos peraeque custoditur, welches in einer mehr beschränkenden Fassung des Urtheiles in den Worten: quasi quo jure omnes gentes utuntur, wiederkehrt,[573]) indem hier nur die annäherungsweise Wirklichkeit dieses Merkmales anerkannt wird;

c. jus commune omnium hominum, welches auch dem Criterium unter a als jus inter omnes homines constitutum inliegt.

Daher umschließen jene Criterien in Wahrheit die drei, bereits in §. 14 angegebenen Merkmale:

1. das jus commune omnium hominum oder jus inter omnes homines constitutum;

---

573) Daß die verschiedenen Bezeichnungen gentes und populi eine Verschiedenheit des Sinnes beider Sätze begründeten, ist nicht anzunehmen, wohl aber wird eine solche durch den Zusatz „quasi“ begründet. Dieses höchst bemerkenswerthe quasi mit dem Indicativ kann indeß nicht als Ausdruck von etwas nur Vorgestelltem angesehen werden, sondern muß zur Bezeichnung der annäherungsweisen Wahrheit der Thatsache dienen. Es besagt daher nicht: „gleich als ob alle Völker dieses Rechtes sich bedienten,“ sondern: „indem gewissermaaßen alle Völker dieses Rechtes sich bedienen.“ Die Beschränkung, die das quasi dem Urtheile hinzufügt, kann eine doppelte sein; eine äußere, welche Gajus hervorhebt in Instit. I, 55: fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus, sowie in Instit. I, 189: nec fere ulla civitas est in qua non licet parentibus, liberis suis impuberibus testamento tutorem dare. Nicht weniger ist es eine innere, die Rechtssatzung selbst betreffende, obgleich der letzteren das Gewicht beigemessen wird, das Merkmal der Gemeingültigkeit gänzlich aufzuheben, so in Instit. III, 193: Apud peregrinos non similiter, ut apud nos in tutela sunt feminae; sed tamen plerumque quasi in tutela sunt.

2. das jus quod apud omnes populos peraeque custoditur, wie
3. das jus, quod naturalis ratio constituit,

und in dieser Modalität, nicht aber in der von Gajus selbst gegebenen, unter a.—c. hervorgehobenen Combination werden jene Merkmale des jus gentium unserer Untersuchung zu Grunde gelegt und in §. 80 ff. einzeln in Betracht gezogen werden.

Die gegenseitige Stellung dieser drei Merkmale unter einander in ihrem Verhältnisse zu ihrem Hauptbegriffe werden wir zwar erst in §. 84 ff. endgültig feststellen, allein bereits hier haben wir darauf hinzuweisen, daß wir im Sinne der römischen Juristen, wie insbesondere des Gajus selbst die betreffenden drei Merkmale nicht, wie es die obige Stelle an sich an die Hand giebt, in cumulativer Weise, sondern in electiver Weise dem Begriffe des jus gentium zu attribuiren haben. Unter Anerkennung somit dieser electiven Stellung jener drei Merkmale gegenüber dem jus gentium verschreiten wir daher zur besonderen Erwägung Eines jeden Einzelnen derselben.

§. 80.

Jus commune omnium hominum.

Dieses Merkmal des jus gentium erkennen an:

Gajus, und zwar außer Inst. 1, 1. auch Inst. III, 93:
Ceterae vero (sc. verborum obligationes) juris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos, sive peregrinos valent. Et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, — — etiam haec tamen inter cives Romanos valent, si modo graeci sermonis intellectum habeant. Et e contrario quamvis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent;

Inst. III, 132: unde proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur: quod genus obligationis juris gentium est;

Inst. III, 154: Juris *enim gentium est societas, quam inire* omnes homines naturali ratione possunt;

Lib. 2. Aureor. (l. 1. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.): Quarundam rerum dominium nanciscimur jure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur;

vergl. auch Inst. III, 94. 133

Marcianus, lib. 1. Inst. (§. 2. J. de J. N. 1, 2.):

Jus autem gentium omni humano generi commune est;

ebendas. (l. 17. §. 1. D. de poen. 48, 19.):

Item quidem ἀπόλιδες sunt, hoc est sine civitate, — — ut ea quidem, quae juris civilis sunt, non habeant, quae vero juris gentium sunt, habeant;

ebendas. (l. 15. D. de interd. et releg. 48, 22.):

Deportatus civitatem amittit, non libertatem. Et speciali quidem jure civitatis non fruitur, jure tamen gentium utitur;

vergl. auch lib. 3. Inst. (l. 2. u. 4. pr. D. de D. R. 1, 8.) und dazu unten §. 89 bei Note 608.

Bei Paulus erkennen wir dies Merkmal insoweit, als es implicite sich kund giebt in lib. 21. ad Edict. (l. 51. D. de contr. emt. 18, 1.):

Littora — — jure gentium omnibus vacant,

dem ähnlich Papinian. lib. 10. Respons. (l. 45. pr. D. de usurp. 41, 3.) sagt:

Locus jure gentium publicus.

Endlich bei Ulpian ergiebt sich dies Merkmal daraus, daß derselbe in lib. 1. Inst. (l. 1. §. 3. 4. D. de J. et J. 1, 1.) das jus gentium als jus humani generis proprium und als jus solis hominibus inter se commune bezeichnet, und von diesem Merkmale vornämlich in lib. sing. Regul. (fr. XX, 14. XXII, 2.) einen unmittelbaren Gebrauch macht.

In diesem Merkmale, in Bezug auf welches das jus gentium auch jus commune genannt wurde[574]), erkennen wir jene Wesenbestimmung des jus gentium wieder, welche, aus historischem Bildungsprocesse hervorgegangen, zu Cicero's Zeit die allein herrschende war: eines Rechtes, welches über alle Freien gleichmäßig herrscht, oder, vom specifisch römischen Standpunkte aufgefaßt, eines Rechtes, welchem auf römischen Forum eine

574) Dies bezeugt der allerdings der folgenden Periode angehörige Schol. Gronov. in Cic. Act. I. in Verr. §. 13. p. 391. Or.: „neque communia jura“: jura gentium sunt (nach der Emendation Orelli's). In den juristischen Quellen ist diese Bedeutung stets zweifelhaft um der Unbestimmtheit des Gegensatzes willen. Vergl. Dirksen, Verm. Schriften, I. p. 222. Note 66. Bei Ulpian ist diese Bedeutung regelmäßig eine andere; vergl. §. 92. unter A.

gleichmäßige Herrschaft über alle Freien beigelegt ist. Denn auch bei den Juristen dieser Periode haben wir, wie bei Cicero, allenthalben da, wo von homines die Rede ist, die liberi homines allein zu verstehen[575]), indem allerorts, wo dem Sclaven eine Rechtsfähigkeit beigemessen wird, solche auf das jus naturale an sich, nicht auf das jus gentium in dem durch das hier fragliche Merkmal gegebenen Sinne zurückzuführen ist[576]). Nur bei Ulpian. lib. 48. ad Sabin. (l. 8. §. 4. D. de acceptil. 46, 4.) finden wir den Satz, daß auch der Sclave des jus gentium fähig sei, implicite ausgesprochen in den Worten:

> Servus accepto liberari potest, et tolluntur etiam honorariae obligationes, si quae sunt adversus dominum, quia hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio;

allein da dieser Ausspruch theils ganz vereinzelt dasteht, theils von Ulpian selbst nicht durchgeführt wird, theils endlich auch wiederum insofern inconsequent erscheint, als Ulpian selbst die Rechtsunfähigkeit des Sclaven am jus gentium ebenfalls anerkennt, so haben wir denselben lediglich als eine Singularität anzusehen[577]).

---

575) Vergl. §. 14. Note 39. Der Beweis dieses Satzes ergiebt sich insbesondere aus Gaj. 3, 93. und 132., insofern derselbe hier die omnes homines in cives und peregrini zerlegt, namentlich dafern man die von Savigny System §. 66. ausgesprochene Ansicht, daß unter die Peregrinen auch die Sclaven fallen, als irrig anerkennt, was sie auch in der That ist, wie ich in Thl. II. eines Weiteren darlegen werde. Im Uebrigen sehe ich von dem Beweise dieses Satzes ab, da solcher einestheils nur ein von unserer Wissenschaft einstimmig anerkanntes Thema enthalten würde, andrerseits aber auch nur durch Zusammenwirken vieler Stellen gründlich erbracht werden kann.

576) Vergl. §. 55. Note 444. und §. 57. Note 469.

577) Dies beweisen namentlich Stellen wie lib. 28. ad Sabin. (l. 22. pr. D. de R. J. 50, 17.): In personam servilem nulla cadit obligatio; lib. 4. ad. leg. Jul. et Pap. (l. 209. D. eod.): Servitutem mortalitati fere comparamus. Diesen Aussprüchen widerstreiten auch nicht Stellen, wie lib. 7. Disput. (l. 14. D. de O. et A. 44, 7.): Servi ex delictis quidem obligantur, et si manumittantur, obligati remanent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant; u. a. m. (s. §. 57. und insbes. Note 469.), weil jene ersten beiden Stellen, trotz ihrer allgemeinen Fassung, doch nur auf das jus civile im Gegensatze zum jus naturale zu beziehen sind. Andrerseits

Wenn sonach die römischen Juristen dieser Periode ganz allgemein dieses rein empirische und historisch gegebene Merkmal des commune omnium hominum beibehielten, daneben aber, wie aus §. 81 sich ergeben wird, das Merkmal des commune omnium gentium dem jus gentium attribuirten, und dies in einer Weise, welche auf eine wesentliche Gleichstellung beider Criterien hinweist, so drängt sich nothwendig die Frage zur Beantwortung auf, ob wir überhaupt einen sachlichen Unterschied zwischen jenen beiden Merkmalen zu statuiren vermögen. Ein solcher Unterschied macht sich aber in der That in doppelter Modalität geltend, und zwar zunächst als eine extensive und rein äußerliche Verschiedenheit, welche bezüglich des Kreises derer obwaltet, die der gegebenen Norm untergeordnet sind. Denn das jus, quod apud omnes populos peraeque custoditur, insoweit dasselbe eben die Rechtssatzungen bezeichnet, welche in den Legislationen aller Völker sich vorfanden, erlitt auf das Individuum nur als dessen jus civile, also nur um deßwillen Anwendung, weil das Subject Bürger eines Staates war, welcher jene Satzung als bindende Norm in der eigenen Legislation, in seinem besonderen jus civile sancirt hatte. Den Rechtsgrund der Herrschaft wie der Fähigkeit der Person zu solchem speciale jus civitatis, wie Marcian. lib. 1. Inst. (s. oben) es nennt, bildet daher lediglich die bezügliche Civität der Person. Da nun das Alterthum in den Apoliden freie Menschen kannte,

---

erstreckt sich aber auch der Sinn jener beiden Aussprüche gleichmäßig auf die anderen beiden Begriffe des jus civile und jus gentium. Zwar bedingt nun dies wiederum einen Widerspruch insofern, als gerade das jus gentium gleichzeitig auch mit demjenigen Theile des jus naturale identificirt wird, auf welchem die obligationes naturales beruhen (vergl. §. 57. 82. 92.) und hieraus wiederum eine Rechtsfähigkeit des Sclaven am jus gentium sich ergiebt, die in der oben citirten Stelle aus lib. 48. ad Sabin. in der That auch im Einzelnen anerkannt wird. Allein gerade hierin liegt einer jener Punkte, die als völlig unlösbarer Widerspruch bei Ulpianus, wie bei Gajus zu Tage treten (vergl. §. 94.) und daher in Ermangelung einer möglichen Lösung als die Consequenzen einer irrigen Theorie ohne Weiteres hinzunehmen sind. Als die wahrhaft maaßgebende Ansicht haben wir jedoch auch bei Ulpian die Rechtsunfähigkeit des Sclaven am jus gentium anzunehmen, daher dieser Position gegenüber alle widerstreitenden Stellen in der oben im Texte gegebenen Modalität zu beurtheilen sind.

welche keiner civitas als deren Bürger angehörten, sonach aber beim Mangel irgend welcher Civität für den Apoliden auch kein Grund gegeben war, der die Herrschaft irgend welchen jus civile über ihn, wie seine Fähigkeit zu solchem vermittelt hätte, so blieb der Apolid einem jeden jus civile fremd, und völlig gleichgültig war es bezüglich seiner, ob die verschiedenen Legislationen aller Völker, oder nur das jus civile eines einzigen Staates die in Betracht gezogene Satzung aufstellte. Dies besagt auch Marcian in der oben citirten Stelle aus lib. 1 Instit.:

Deportatus speciali quidem jure civitatis non fruitur, jure tamen gentium utitur;

und gleicher Ausspruch findet sich vor in der ebenfalls citirten Stelle:

Ἀπόλιδες, ea quidem, quae juris civilis sunt, non habent, quae vero juris gentium sunt, habent,

sobald wir nur den Ausdruck jus civile hier nicht lediglich auf das römische Recht beziehen, sondern demselben, wie Marcian in lib. 1. Inst. (§. 2. J. de J. N. 1, 2.) auch hervorhebt, die allgemeinere Beziehung auf die Legislationen eines jeden Volkes geben [578]).

Ganz anders verhält sich dies mit dem jus commune omnium hominum, welches die Bürger der verschiedenen civitates in gleicher Maaße wie den Apoliden beherrscht, und zur Rechtsfähigkeit beruft.

Der zweite Unterschied jener beiden Merkmale, den wir gegenwärtig nur andeuten, zur weiteren Begründung dagegen nach Thl. II. verweisen müssen, ist qualitativer und intensiver Beschaffenheit. Die Satzung nämlich, welche als Bestandtheil des jus commune omnium hominum auf den Peregrinen Anwendung erlitt, war substantiell, wie qualitativ die nämliche Rechtsnorm, welche in gleichem Falle auch auf den römischen Bürger angewandt wurde: Apoliden, Bürger fremder civitates, römische Bürger, Alle wurden insgesammt nach ein und der-

578) Ein anschauliches Beispiel bietet Ulpian. fr. XX, 14: Qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest, — — quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suae testetur.

selben einheitlichen Norm zu Rom beurtheilt. Dagegen die Satzung, welche um deßwillen auf den Peregrinen Anwendung erlitt, weil sie in den Legislationen aller Völker sich vorfand, also in einem jeden jus peregrinorum wiederkehrte, beherrschte jenen lediglich als dessen eigenes jus civile, als sein speciale jus civitatis, und war daher, wenn auch nicht ihrem Inhalte nach, so doch individuell verschieden von der Norm, welche in gleichem Falle, als dem jus civile des römischen Bürgers angehörig, für diesen maaßgebend war; — eine Verschiedenheit, welche in mehrfacher Weise sich offenbart, wie wir in Thl. II. darlegen werden.

Indem wir daher eine wesentliche Verschiedenheit zwischen den in Betracht gezogenen beiden Merkmalen anerkennen, stellen wir zugleich die Thatsache fest, daß in dem jus commune omnium hominum der röm. Juristen der alte historische, auf rein empirischer Grundlage beruhende Begriff des jus gentium wiederkehrt und daß dieser Begriff von Marcian, wie Paulus, von Gajus, wie Ulpian, somit wahrscheinlich von der gesammten römischen Jurisprudenz (vergl. §. 84.) anerkannt und beibehalten wurde.

§. 81.

Jus quo omnes gentes utuntur.

Dieses zweite Merkmal des jus gentium[579]) statuirt Gajus I, 1. cit., sowie in

Inst. I, 52: In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas juris gentium est; nam apud omnes gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse, etc.

---

579) Die comparative Jurisprudenz und deren Resultat kommt in einer dreifachen Beziehung dem jus gentium gegenüber in Betracht: 1. dieselbe lieferte der rechtsconstituirenden Gewalt selbst den Stoff des letzteren, indem ihr Product im Wege positiver und historischer Rechtsbildung als jus gentium anerkannt wurde; 2. dieselbe ward von der Theorie als das Medium hingestellt, den Stoff des jus gentium auf speculativem Wege zu ermitteln; 3. der von der Theorie auf diesem Wege aufgefundene und erkannte Stoff ward von der rechtsconstituirenden Gewalt als jus gentium angenommen. Es bedarf in Bezug hierauf lediglich des Hinweises, daß wir im Nachstehenden nur den 2. Punkt in's Auge fassen.

Inst. I, 189: Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatium jure contingit; — — nec fere ulla civitas est, in qua non licet parentibus, liberis suis impuberibus testamento tutorem dare; worauf bezüglich Inst. III, 197: Idem apud peregrinas gentes custodiri superius indicavimus.

Vergl. auch Inst. I, 55.

Was dagegen Marcianus und Ulpianus betrifft, so finden sich lediglich vereinzelte Momente, die diesem Merkmale zu entsprechen scheinen, und zwar zunächst bei

Marcianus lib. 1. Instit. (§. 2. J. de J. N. 1, 2.):

Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt;

und bei

Ulpianus lib. 1. Inst. (l. 1. §. 4. D. de J. et J. 1, 1.):

jus gentium est, quo gentes humanae utuntur;

sowie ebendas. (§. 2. D. eod.) in der Bezeichnung praecepta gentium.

Der Sinn dieser letzteren Stellen erscheint an und für sich zweifelhaft um der Doppelsinnigkeit des Ausdruckes gentes willen. Denn dem Begriffe von gentes in der hier fraglichen Beziehung wohnt ein doppelter Sinn inne: ein rein ethnischer, in der Bedeutung von Völkerschaften und Volksstämmen, sowie ein politischer, in der Bedeutung von Volk oder Nation, als eines staatlich abgeschlossenen Gemeinwesens, eines populus. Die letztere Bedeutung ist die seltenere und unregelmäßige, sie aber findet sich gerade bei Gajus vor, während die erstere Bedeutung die normale ist und in der gesammten Latinität vorherrscht[580]). Der Unterschied aber, der hieraus sich ergiebt, je nachdem der Ausdruck gentes im ersteren oder im letzteren Sinne gebraucht ist, besteht darin, daß die gentes im Sinne von populi oder civitates, wie in §. 80. bemerkt, durchaus nicht die gesammte freie Menschheit unter sich begreifen, vielmehr die Apoliden ausgeschlossen erscheinen lassen; während die gentes im ethnischen Sinne in der That alle Freien umfassen, da es keinen Menschen ohne Angehörigkeit an eine gens in diesem Sinne geben kann. Im letzteren Sinne daher würde jener

580) Siehe Beilage II. §. 2. Note 1.

Ausdruck als eine Umschreibung von genus humanum gelten können.

Müssen wir aber diese Möglichkeit im Allgemeinen als wohlbegründet anerkennen, so würden wir der nicht ganz gerechtfertigten Frage, wie überhaupt Ulpian und Marcian dazu gekommen seien, statt des naheliegenden Ausdruckes humanum genus oder omnes homines der Bezeichnung gentes sich zu bedienen, mit dem Hinweise auf die wohlbekannte Vorliebe der Römer für Nominaldefinitionen zu begegnen haben, eine Neigung, der entsprechend Marcianus, wie Ulpianus bei der Erklärung des jus gentium unbedingt der Bezeichnung jus quo gentes utuntur als der nach ihrer Anschauung angemessneren den Vorzug geben mußten vor der wiederum uns angemessener erscheinenden Ausdrucksweise jus quo omnes homines utuntur.

Diese Möglichkeit gewinnt aber in der That einen doppelten Wahrscheinlichkeitsgrund, und zwar zunächst durch den Beisatz humanae gentes. Denn da die Anwendung des jus gentium auf die Thiere niemals behauptet worden war, so fehlt wenigstens bei Marcian aller und jeder Grund, der als Motiv angesehen werden könnte, die ausschließliche Herrschaft des jus gentium über den Menschen hervorzuheben, dafern die gentes eben nur die civitates und populi vertreten hätten. Ward dagegen jener Ausdruck in dem ethnischen Sinne gebraucht [581], so konnte der Zusatz humanae füglich gewählt werden, um anzudeuten, daß darunter nicht, wie bei Gajus die staatlichen Genossenschaften, sondern jene rein natürlichen Abschichtungen nach Völkerschaften verstanden seien. Und hierzu tritt als ein nicht unbeachtlicher weiterer Moment, daß wir weder bei Marcianus, noch bei Ulpianus Spuren dafür vorfinden, daß dieselben im Wege eigener freier und selbstständiger Thätigkeit nach Maaßgabe der comparativen Jurisprudenz den Stoff des jus gentium im Einzelnen aus den verschiedenfältigen jura civilia der bekannten Staaten abstrahirt und dargelegt hätten.

Wenn nun alle diese Momente als wahrscheinlich anerkennen lassen, daß Marcian, wie Ulpian des Ausdruckes humanae gen-

581) In diesem Sinne fasse ich gentes auch auf, wenn Marcian. lib. 1. Instit. (§. 11. J. de J. N. I, 2.) die jura naturalia characterisirt als jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur.

tes lediglich als einer Umschreibung für humanum genus sich bedienten, so haben wir auch auf Grund dessen die Annahme zurückzuweisen, daß die Genannten das in Frage stehende Merkmal in den von ihnen statuirten Begriff des jus gentium mit aufnahmen; vielmehr berechtigt uns sogar zu der entgegengesetzten Annahme bezüglich des Marcianus die Wahrnehmung, daß eine Fundirung des jus gentium auf die Gesammtheit der civitates durchaus nicht in dessen System paßte. Vergl. §. 87.

Allein andrerseits ist es eben nur die Begriffsgestaltung an sich, die wir in Frage ziehen und in jener Weise beantworten; die hiervon wesentlich verschiedene Frage dagegen, ob und in wie weit Marcian und Ulpian den nach der Theorie des Gajus und Genossen dem jus gentium überwiesenen Stoff als solches anerkannten und respectirten, diese Frage muß für jetzt noch zur Beantwortung ausgesetzt bleiben.

Endlich bei Paulus findet sich in der hier fraglichen Beziehung aus lib. 34. ad Edict. (l. 1. D. loc. 19, 2.) die Bemerkung überliefert:

Locatio et conductio quum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emtio et venditio,

eine Stelle, die zurückweist auf lib. 33. ad Edict. (l. 1. §. 2. D. de contr. emt. 18, 1.):

Est autem emtio juris gentium, et ideo consensu peragitur, et inter absentes contrahi potest, et per nuntium, et per litteras.

Wenn gleich daher die Relation beider Stellen uns berechtigt, in dem Ausdrucke: omnium gentium est, mehr als eine einfache Hervorhebung eines für besonders gewichtig erachteten Merkmales des jus naturale zu erblicken, vielmehr darin eine selbstständige Umschreibung des jus gentium anzuerkennen, so befinden wir uns dennoch mit Rücksicht auf die hervorgehobene Doppelsinnigkeit des Ausdruckes gentes hinsichtlich des wahren Sinnes solcher Wesenbestimmung in einer vollständigen Ungewißheit, da uns Wahrscheinlichkeitsgründe, wie wir solche bezüglich Marcians und Ulpians beibrachten, hinsichtlich des Paulus nicht zur Seite stehen.

Sonach können wir von den vier Juristen, welche wir als Vertreter der bezüglichen Lehren der römischen Rechtswissenschaft

in's Auge gefaßt haben, lediglich den Gajus als Träger des in Frage stehenden Merkmales des jus gentium anerkennen, während Marcian und Ulpian wahrscheinlich eine derartige Wesenbestimmung des jus gentium nicht anerkannten, bezüglich des Paulus dagegen diese Frage unerledigt bleiben muß. Die nächste Veranlassung selbst aber, durch welche Gajus und die etwaigen Vertreter seiner Ansicht bewogen wurden, dem jus gentium das Merkmal als jus quo omnes gentes utuntur als ein wesentliches zu attribuiren, ward durch das Zusammentreffen verschiedener Umstände gegeben, vornämlich aber theils durch die, in §. 82. näher zu erörternde Identificirung von jus gentium und jus naturale, theils durch die Wahrnehmung, daß die überwiegende Mehrzahl der Institute des jus gentium in ihren allgemeinen und wesentlichen Grundzügen in der That bei allen bekannten Völkern sich vorfanden, daher, namentlich gegenüber dem jus civile, das jus gentium vergleichungs= und annäherungsweise in Wahrheit als jus sich darstellte, quo omnes gentes utuntur. Denn da, in ersterer Beziehung, die griechische, wie römische Philosophie das jus naturale ausdrücklich als ein Recht characterisirte, welches bei allen Völkern Gültigkeit und Herrschaft besitze [582], so trug sich in Folge der Identificirung von jus naturale und jus gentium jenes Merkmal ohne Weiteres auf das Letztere über, erfuhr aber hierbei zugleich eine wesentliche Umwandelung insofern, als dasselbe dem jus gentium nunmehr als empirisches und actuelles beigelegt ward, während es früher dem jus naturale nur als speculatives Postulat und als potentielles zukam, eine Transsubstantiation, die zugleich mit einer totalen Veränderung des leitenden Gesichtspunktes verbunden ist, indem nunmehr die comparative Jurisprudenz an die Stelle der philosophischen Speculation tritt. Dahingegen in Bezug auf den zweiten der obigen beiden wirkenden Momente trat das wohlerkannte Thatverhältniß, daß das jus gentium in Wahrheit nur annäherungsweise in den Legislationen aller Völker sich vorfinde [583], allmählig in dem Bewußtsein zurück und gab so dem Fehler Raum, daß man solches, von diesem Gesichtspunkte aus nur unter Beschrän-

582) Vergl. §. 34. und §. 41.

583) Vergl. §. 79. Note 573.

kungen, somit lediglich in Form eines besonderen Urtheiles gültige und nur unwesentliche Merkmal des jus gentium zum logisch allgemeinen Prädicate erhob und damit in ein wesentliches Criterium verkehrte. Diese Transformation des Merkmales des jus commune omnium gentium mußte aber wesentlich befördert werden dadurch, daß in Folge der oben bemerkten Vorliebe der Römer für Nominaldefinitionen der Ausdruck gentes in den Kreis der das jus gentium bestimmenden Momente hereingezogen und hier zum Repräsentanten des genus humanum erhoben wurde. Sobald man nun, auf diesem Punkt angelangt, den Ausdruck gentes in dem politischen Sinne auffaßte und sodann die in §. 80. hervorgehobenen Unterschiede des jus commune omnium hominum und jus commune omnium gentium übersah oder als untergeordnet bei Seite setzte, so war hiermit jene Verwandlung des jus gentium in ein jus quo omnes gentes utuntur vollendet, und ein Resultat gewonnen, welches in gleicher Maaße die durch historische Rechtsbildung gegebenen Gränzen verrückte, wie den Gesetzen des regelrechten Denkens widerstrebte.

§. 82.

Jus, quod naturalis ratio constituit.

Dieses Merkmal, in welchem wir bereits die Wesenbestimmung des jus naturale erkannten (§. 53. u. 57.), findet sich vor zunächst bei Gajus und zwar theils in Verbindung mit dem Merkmale des commune omnium hominum, theils als für sich bestehend. In jener Verbindung erscheint es neben Instit. I, 1. auch in

lib. II. Aureorum (l. 1. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.):
Quarundam rerum dominium nanciscimur jure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur;

Instit. III, 154: Juris *enim* gen*tium est societas, quam inire* omnes homines naturali ratione possunt;

sowie in Verbindung mit dem Merkmale des commune omnium gentium in

Instit. I, 189.: Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatium jure contingit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur.

Selbstständig und außerhalb solcher Verbindung mit einem anderen Merkmale offenbart sich das hier in Frage stehende Criterium darin, daß Gajus in lib. II. Aureor. (l. 1. pr. D. de acqu dom. 41, 1.) die Acquisitionsgründe des Eigentbumes nach der Eintheilung von jus gentium und civile zu behandeln sich vorsetzte, und in Uebereinstimmung hiermit die occupatio (in l. 3. pr. D. eod.) in der Weise dem Ersteren überweist, daß er dieselbe auf die ratio naturalis zurückführt; andrerseits aber auch darin, daß Gajus ebenfalls in lib. II. Aureorum (l. 5. §. 7. l. 7. §. 1. l. 9. §. 1. D de acqu. dom. 41, 1.) die traditio, occupatio hostilis und alluvio dem jus gentium überweist, dagegen in Inst. II, 65. 66. 69. 70. die nämlichen Rechtsinstitute als Producte der ratio naturalis darstellte.

Bei Ulpian vermögen wir zwar jene innere Verbindung des durch die naturalis ratio gebotenen Rechtes mit dem jus gentium nicht im Einzelnen nachzuweisen, wohl aber wird sie nothwendig bedingt dadurch, daß Ulpian die verschiedenen Eintheilungen des Rechtes je nach der letzten materiellen Quelle, aus der es entstammt, und je nach dem Grunde seiner Herrschaft über das Subject mit einander combinirt und so die Eintheilungsglieder eines jus civile und einestheils animalischen, theils rein menschlichen jus naturale, wie andrerseits eines jus civile und jus gentium in eine innere Verbindung mit einander bringt und zu einer Begriffsreihe vereinigt, biernach aber das jus gentium mit dem den Menschen eigenen jus naturale zusammenfällt; vergl. §. 57. und 92. Hiermit stimmt auch überein, wenn Ulpian die klaglosen obligationes naturales in lib. 4. ad Edict. (l. 7. pr. D. de pact. 2, 14.) dem jus gentium überweist.

Dagegen steben Marcian und Paulus dieser Identificirung völlig fremd, indem die Verschiedenheit von jus gentium und jus naturale ganz unzweideutig hervortritt, so bei

Paulus lib. 33. ad Edict. (l. 34. §. 1. D. de contr. emt. 18, 1.):

> Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura, vel gentium, vel mores civitatis commercio eximerunt, eorum nulla venditio est;

Marcianus lib. 1. Inst. (§ 2. verglichen mit §. 11. J. de J. N. 1, 2.) und insbesondere in den Worten:

Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanae quaedam sibi constituerunt; bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt juri naturali contraria: jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur;

ingleichen bei Florentinus lib. 9. Instit. (l. 4. §. 1. D. de stat. hom. 1, 5.) und Tryphoninus lib. 7. Disput. (l. 64. D. de cond. ind. 12, 6.)[584].

In dem Merkmale des jus quod naturalis ratio constituit erkannten wir nun bereits die Wesenbestimmung des jus naturale, daher wir eine Verbindung des Letzteren mit dem jus gentium bezüglich derjenigen Juristen anzuerkennen haben, welche, wie Gajus und, hinsichtlich des rein menschlichen jus naturale, Ulpianus jenes Merkmal gleichzeitig auch dem jus gentium attribuiren. Den nächstgelegenen maaßgebenden Gesichtspunkt für jene Verknüpfung haben wir aber vor allen in dem Momente der Universalität zu erblicken, welches das jus gentium, wie das jus naturale gleichzeitig in stark hervortretender Weise characterisirt: das jus naturale der griechischen und römischen Philosophie stellt sich dar als Recht, welches ebensowohl über alle Menschen, wie bei allen Nationen gleichmäßig herrschte (vergl. §. 35. und 42); da nun dem jus gentium jene personale Gemeingültigkeit als unbestrittenes historisches Attribut zukam, jene nationale

584) Unwesentlich ist es daher, wenn jene Juristen jus naturale und jus gentium in Uebereinstimmung anerkennen, so Paulus lib. 34. ad Edict. (l. 1. D. loc. 19, 2.), Marcian in lib. 3. Inst (l. 2. §. 1. l. 4. pr. D. de R. D. 1, 8.), Tryphoninus in lib. 9. Disput. (l. 31. pr. D. depos. 16, 3.); dies spricht eher für, nicht gegen die Selbstständigkeit beider Begriffe. Wegen Paulus lib. 3. Quaest. (l. 84. §. 1. D. de R. J. 50, 17.), wo gleiche Uebereinstimmung anerkannt wird, vergl. §. 90. sub A, wegen Marcian. lib. 3. Inst. cit. vergl. §. 89. sub A Wie wenig jene Identificirung von jus gentium und jus naturale anerkannt wurde, geht daraus hervor, daß wir bei Schriftstellern dieser Periode, welche des jus naturale öfter gedenken, wie z. B. Quintilian und Seneca, dennoch niemals die Bezeichnung jus gentium dafür gebraucht finden, wie denn überhaupt die Erwähnung des Letzteren bei den nichtjuristischen Schriftstellern dieser Periode außerordentlich selten ist. Senec. de Benef. III, 14. sagt: aequissima vox est et jus gentium prae se ferens: Redde quod debes; hier aber steht jus gentium entschieden im Sinne von §. 80. oder 81.

Universalität aber im Wege der in §. 81. erörterten Verbindung beigefügt wurde, so lag in diesem doppelten Momente einer Universalität der Anknüpfungspunkt, welcher das jus naturale der Philosophie mit dem historischen jus gentium combiniren ließ, sobald man nur den Unterschied übersah, daß zunächst thatsächlich das Subject beider Rechte ein verschiedenes war, insofern das jus naturale in dem homo jeden Menschen, das jus gentium aber lediglich den freien Menschen als Rechtssubject anerkannte, sowie daß anderweit auch insofern eine wesentliche Verschiedenheit zwischen jenem doppelten Merkmale gleichmäßiger Universalität obwaltete, als solches dem jus naturale lediglich als speculatives und potentielles, wie auch consecutives, dem jus gentium dagegen als empirisches und actuelles, wie auch als constitutives Merkmal zukam. Hierzu kommt noch, daß man ebensowohl jenes Princip der Universalität des Rechtes, wie namentlich auch die überwiegende Mehrzahl der Institute und Satzungen des jus gentium in Wahrheit als Gebot der naturalis ratio anerkennen mochte, vornämlich dann, wenn man in Vergleichung mit dem jus civile nach diesem Maaßstabe der Vernunftmäßigkeit das jus gentium abschätzte; wie denn endlich auch das Zusammenfließen der beiden Gegensätze des jus naturale und jus gentium in dem einheitlichen Begriffe des jus civile die Vermischung von jenen Beiden wesentlich befördern mußte.

§. 83.

Jus civile.

Den Gegensatz zu dem jus gentium bildet das jus civile und zwar je nach dem von Gajus Inst. I, 1. und Marcianus Inst. 1. (§. 2. J. de J. N. 1, 2.) angegebenen doppelten Gesichtspunkte entweder das jus civile aller Völker im Allgemeinen, welches ebensowohl das jus civile der Römer, wie jedes jus peregrinorum umfaßt [585]), oder das jus civile der Römer insbesondere, welches

585) Wegen dieses jus civile peregrinorum vergl. insbesondere Marcian. lib. 1. Inst. (§. 2. J. de J. N. 1. 2.), sowie den allerdings erst der folgenden Periode angehörigen Scholiast. Gronov. in Cic. Act. I. in Verr. §. 13. p. 391. Or.: Omne enim jus civile Siciliae est aut proprium civitatis aut civium Romanorum, quod a populo Romano suscepit provincia per P. Rupilium (nach der Emendation Orelli's).

auch von Labeo bei Paulus lib. 11. Quaest. (l. 34. D. de adopt. 1, 7.) durch mores nostrae, von Ulpianus lib. 7. ad. Sabin. (l. 8. pr. D. de acqu. vel omitt. 29, 2.) durch mos nostrae civitatis, von Paulus lib. 33. ad Edict. (l. 34. §. 18. de contr. emt. 18., 1.) durch mores civitatis, von Papinianus lib. 36. Quaest. (l. 38. § 2. D. ad l. Jul. de adult. 48, 5.) und Pomponius lib. 3. ad Sabin. (l. 7. D. de R. J. 50, 17.) durch jus nostrum, von Ulpianus lib. 4. ad Edict. (l. 5. D. de pact. 2, 14.) durch das Beiwort legitimum, und in lib. 1. Inst. (l. 1. §. 2. D. de J. et J. 1, 1.) durch praecepta civilia, von Tryphoninus lib. 9. Disput. (l. 31. pr. D. depos. 16, 3.) durch praecepta civilia et praetoria, sowie durch jus civile und legum ordo bezeichnet wird.

Während nun bei Cicero das jus civile als Recht sich characterisirte, welches principaliter ausschließlich über die römischen Bürger herrschte, so verbinden nunmehr mit diesem historisch gegebenen Begriffe die römischen Juristen der gegenwärtigen Periode zwei anderweite, den dem jus gentium attribuirten beiden neuen Merkmalen entsprechende Criterien. Hiernach erscheint das jus civile Romanorum theils

1) als jus populo Romano i. e. solis civibus Romanis constitutum, also jus proprium populi Romani in diesem Sinne; sodann
2) als jus quo solus populus Romanus utitur, also jus proprium populi Romani in diesem Sinne; theils endlich
3) als jus quod populus Romanus ipse constituit.

Das erste dieser drei Merkmale, das jus populo Romano constitutum oder jus proprium populi Romani oder civitatis Romanae oder civium Romanorum erkennen an:

Gajus I, 1., wo das jus proprium populi im Gegensatze zum jus commune omnium hominum steht; ferner

Instit. III, 93., wo die obligatio propria civium Romanorum im Gegensatze zu den obligationes steht, welche inter omnes homines, sive cives Romanus, sive peregrinos valent;

lib. II. Aureor. (l. 1. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.), wo das jus civile, als jus proprium civitatis nostrae dem jus, quod inter omnes homines peraque servatur gegenübersteht.

In entsprechendem Sinne findet sich jus civile z. B. Inst. III, 133., jus peregrinorum z. B. Inst. III, 134., während andrerseits

dieses Merkmal in mehrfachen Stellen in verschiedener Weise characterisirt wird, so z. B. Inst. I, 128:

Nec enim ratio patitur, ut peregrinae condicionis homo civem Romanum in potestate habeat; und: ratio non patitur, ut peregrinae condicionis homo in potestate sit civis Romani parentis;

oder in Instit. III, 179: — — a peregrino, cum quo sponsionis communio non est.

Weniger unmittelbar, obgleich immer noch deutlich wahrnehmbar offenbart sich dies Merkmal bei

Paulus, sent. rec. II, 14. 1.: Ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur;

ingleichen bei Marcianus lib. 1. Instit. (l. 17. §. 1. D. de poen. 48, 19. und l. 15. D. de interd. 48, 22. s. oben §. 80.);

endlich bei Ulpianus, lib. sing. Regul. (fr. X, 3.): Si patri vel filio aqua et igni interdictum sit, patria potestas tollitur, quia peregrinus fit is, cui aqua et igni interdictum est; neque autem peregrinus civem Romanum, neque civis Romanus peregrinum in potestate habere potest,

sowie ebendas. (fr. XIX, 4. XX, 14. XXII, 2.) u. ö.

Das zweite Merkmal des jus quo solus populus Romanus utitur, oder jus proprium populi Romani oder civium Romanorum in diesem Sinne findet sich vor bei

Gajus, Inst. I, 189.: Nec fere ulla civitas est, in qua non licet parentibus, liberis suis impuberibus testamento tutorem dare, quamvis, ut supra diximus, soli cives Romani videantur tantum liberos in potestate habere; wozu

Instit. I, 55.: Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos justis nuptiis procreavimus. Quod jus proprium civium Romanorum est. Fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus [585]).

586) Die erste dieser beiden Stellen fällt ganz unzweifelhaft unter den gegenwärtigen Gesichtspunkt, wie der Eingang: nec fere ulla civitas est, in qua etc. beweist; bei der zweiten derselben erscheint dies zwar zweifelhafter, allein immerhin noch wahrscheinlich, weil der Ausdruck nulli alii homines am füglichsten aufzufassen ist in dem Sinne nullius alius gentis cives. Ob dagegen das erste oder das zweite der obigen Merkmale in's Auge gefaßt ist, muß unentschieden bleiben in Stellen, wie Gaj. Inst. I,

Diese beiden ersten Merkmale treten auch selbstständig hervor bei

Isidor. Orig. V, 9, 1.:

Jus Quiritium est proprie Romanorum, quod nulli tenent [587]) nisi Quirites, id est, Romani, tanquam de legitimis hereditatibus, de cretionibus, de tutelis, de usucapionibus, quae jura apud nullum populum alium reperiuntur, sed propria sunt Romanorum, et in eosdem solos constituta,

eine Stelle, welche immerhin auch hier einige Beachtung finden mag, weil wir derselben eine unmittelbare und vielleicht mit sehr untergeordneter Umänderung verbyndene Abstammung aus den Quellen dieser Periode anweisen dürfen [588]). Dagegen gehört nicht hierher Marcianus lib. 1. Inst. (§. 2. J. et J. N. 1, 2.):

Jus, quo populus Romanus utitur, jus civile Romanorum appellamus,

indem vielmehr aus dem ganzen Tenor dieser Stelle erhellt, daß Marcian nicht lediglich das seinem Inhalte nach rein particuläre Rechtselement, sondern das gesammte römische Recht, im Gegensatz zu dem in fremden Staaten gültigen Rechte unter dem jus civile Romanorum begriff. Ebenso wenig ist hierher zu ziehen Ulpianus lib. 1. Inst. (l. 4. pr. D. de J. et J. 1, 1.);

Jus proprium id est civile,

da dieser Ausspruch an sich zwar ebensowohl einer Unterordnung unter das erste, wie unter das zweite Merkmal fähig ist, der Umstand aber, daß Ulpian den Standpunkt der comparativen Jurisprudenz bei der Begriffsbestimmung des jus gentium fern hielt (§. 81.), uns berechtigt, dem ersten Merkmale diese Stelle zu überweisen.

Endlich das dritte Merkmal das jus quod populus Romanus ipse constituit findet sich lediglich combinirt mit dem ersten Merkmale, hier aber bei

---

100. 119. II, 65., obgleich hier das erste Merkmal als maaßgebend angenommen werden kann, weil der demselben entsprechende Gesichtspunkt bei der Auffassung des jus civile prävalirt hat.

587) Hier dürfte zu emendiren sein: proprium Romanorum, quo nulli tenentur.

588) Vergl. Beilage VI.

Gajus I, 1., wo das jus civile characterisirt wird als jus quod quisque populus ipse sibi constituit, sowie bei

Marcianus, lib. 1., Inst, (§. 11. J. de J. N. 1, 2.), wo das jus civile bezeichnet wird durch jura, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit.

Endlich tritt dieses Merkmal auch hervor bei Ulpianus lib. 1. Inst. (l. 6. pr. D. de J. et J. 1, 1.):

Cum aliquid addimus, vel detrahimus juri communi, jus — civile efficimus.

Das erste jener drei Merkmale ist das historisch gegebene und dasselbe findet sich, der Begriffsbestimmung des jus gentium entsprechend, bei allen den vier Juristen vor, deren Theorieen wir als Repräsentanten der römischen Rechtswissenschaft in's Auge fassen.

Das zweite dieser Merkmale ist durch die comparative Jurisprudenz an die Hand gegeben, und bezüglich seiner erfordert schon die den römischen Juristen beizumessende Consequenz des Denkens, daß wir dasselbe nur dem Gajus zuerkennen, dagegen dem Marcianus und Ulpianus absprechen haben, während wir bezüglich des Paulus diese Frage als zweifelhaft dahingestellt sein lassen.

Endlich in dem dritten Criterium erkennen wir den Begriff des dem jus naturale gegenüberstehenden Merkmales, da, wenn auch bei einer vollkommen ebenmäßigen Begriffsbildung, dem jus quod naturalis ratio constituit als Gegensatz das jus quod civilis ratio constituit gegenübergestellt werden mußte, doch der populus Romanus in Wahrheit Träger und Vertreter dieser civilis ratio ist. Dieses Merkmal haben nun Gajus und Ulpianus, ganz consequent und entsprechend der Verknüpfung des jus naturale und jus gentium, auch dem hier in Betracht gezogenen jus civile attribuirt, während bezüglich des Paulus auch dieser Punkt als zweifelhaft unentschieden gelassen werden muß. Wenn dagegen bei Marcian das jus civile, als das Recht, welches in principaler Weise über den römischen Bürger allein herrscht, mit jenem jus civile, welches durch der civitas schöpferische Willensbestimmung materiell in's Dasein gerufen wird, in dem einheitlichen Begriffe des jus, quod ipsa sibi quaeque civitas constituit, zusammengefaßt ist, während das Recht, welches über

alle freien Menschen herrscht, das jus gentium, von dem Rechte, welches aus einer Offenbarung der göttlichen Vorsehung selbst hervorging, dem jus naturale, streng geschieden wird, so haben wir hierin allerdings eine Inconsequenz anzuerkennen, die jedoch ebensowohl durch die Gleichheit der Bezeichnung jus civile erklärt, als auch durch den bei Behandlung jener Lehren von ihm gewählten Eintheilungsgrund bedingt wird (vergl. §. 89.).

§. 84.

Resultat.

Die drei verschiedenen Merkmale des jus gentium und jus civile, welche wir in §. 80—82. darlegten, erscheinen als die Glieder einer dreifältig verschiedenen Eintheilung des Rechtes. Bei der ersten Eintheilung erkannten wir als deren leitenden Gesichtspunkt die Herrschaft des Rechtes über das Subject (vergl. §. 15.), und dieser Eintheilungsgrund ergab das jus commune omnium hominum und das jus proprium civium Romanorum.

Die zweite Eintheilung faßt in's Auge die Gültigkeit des Rechtes bei den verschiedenen Nationen und sie ergab das jus quo omnes gentes utuntur und das jus quo (solus) populus Romanus utitur.

Die dritte Eintheilung faßte in's Auge die rechtsconstituirende Potenz und sie stellte auf ein jus quod naturalis ratio, resp. divina quaedam providentia, und ein jus quod populus Romanus constituit. Die Erste dieser Eintheilungen war durch historische Rechtsbildung als eine empirische und practische gegeben; die zweite Eintheilung beruhte auf einer Abstraction aus den durch historische Rechtsbildung gegebenen Landrechten der verschiedenen Nationen; die letzte endlich verdankte der freien Speculation ihre Entstehung.

Unter allen diesen drei Eintheilungen stellt sich die Erste derselben als die fundamentale und principale dar: sie bestimmte bereits zu Cicero's Zeit den Begriff und das Wesen des jus gentium und jus civile; sie allein ist von Vorn herein mit den bedeutendsten, tief in den geschäftlichen Verkehr Rom's eingreifenden Wirkungen verknüpft; ihr allein kommen diese practischen Wirkungen als selbstständige und ureigene zu und sie allein er-

scheint geschichtlich bedingt als Folge eines Entwickelungsganges, den der römische Staat in der Fortbildung seiner Verhältnisse verfolgte. Daher ist diese Eintheilung schon um ihrer selbst willen in dem Rechte Rom's nicht zu entbehren. Anders verhält sich dies mit den beiden anderen Eintheilungen: Producte einer reflectirenden Erforschung des Rechtes, verbinden sie sich erst in der gegenwärtigen Periode mit den Gegensätzen des jus civile und jus gentium, und, an und für sich aller selbstständigen practischen Folgewirkungen bar, erhalten sie solche erst in Folge und auf Grund jener Verknüpfung. Wenn wir daher die Verbindung jener drei Merkmale und ihre Einordnung in das jus gentium und jus civile in's Auge fassen, so rechtfertigt jene Sachlage, daß wir bei unserer nachstehenden Erörterung dieses jus gentium und jus civile von den Merkmalen des jus commune omnium hominum und des jus proprium civium Romanorum ausgehen, diese als die primitiven und originären, als die allgemein und unbedingt wahren, als die eigentlichen und wahrhaft bestimmenden Criterien festhalten und somit solche Begriffsbestimmung als den Schwerpunkt anerkennen, um welchen herum die Ideen jenes Zeitalters in ihrem theilweis exzentrischen Schwunge sich bewegen, kurz, daß wir jene Begriffe als den gegebenen Stoff auffassen, der ergriffen wird von einem metaphysischen Amalgamirungsproceße und in solchem theils eine Verbindung mit neuen Vorstellungen eingeht, theils eine Umgestaltung seines eigenen Wesens erleidet. Dagegen die anderen beiden Begriffspaare treten ebensowohl als das neue Element zu jener uranfänglichen Substanz hinzu, wie sie auch in Folge dieser Verbindung auf die Letztere selbst umwandelnd einwirken.

Fassen wir nun zunächst das Resultat selbst jenes Processes in die Augen, wie solches nach §. 60., 81. u. 82. in den Quellen uns entgegentrat, so können wir aus den zahlreichen, hierauf bezüglichen Aussprüchen der Juristen eine dreifache allgemeine Position bezüglich des jus gentium abstrahiren:

1) das jus gentium ist ein jus naturale, wie ein jus commune omnium gentium;

2) das jus naturale ist ein jus gentium, wie ein thatsächliches jus commune omnium gentium;

3) Jus gentium, jus naturale und jus commune omnium gentium sind ihrer Sphäre nach einander gleich[589]).

Die beiden ersten Sätze enthalten an sich eine einfache Prädicirung, während der dritte Satz ein reciprokables Urtheil giebt, wonach die in Betracht gezogenen drei Begriffe für einander gleich an Umfang und somit für Wechselbegriffe erklärt werden.

Rücksichtlich aller dieser Sätze haben wir nun vor Allem festzuhalten, wie Marcianus ganz unzweifelhaft, Paulus wenigstens wahrscheinlicher Weise der Verknüpfung der ratio naturalis mit dem jus gentium fern stehen, und lediglich Gajus, wie aller Wahrscheinlichkeit nach auch Ulpianus diese Lehre vertreten; wie ferner ebenfalls nur bei Gajus mit Bestimmtheit die Verbindung des Merkmales der nationalen Allgemeingültigkeit mit dem jus gentium sich nachweisen läßt, bei Paulus aber als zweifelhaft dahingestellt bleiben, bei Marcianus und Ulpianus endlich mit Wahrscheinlichkeit abgelehnt werden muß. Demnach ist es nur Gajus, welcher für uns jene sinnverwirrende Verschlingung der verschiedenen Begriffe in vollem Umfange repräsentirt, daher auch an seine Dogmen die nachstehende Erörterung vornämlich sich anschließen wird.

Indem nun Gajus, was zunächst den Ersten der obigen drei Sätze betrifft, dem ihm historisch überlieferten Begriffe des jus gentium die zwei neuen Merkmale beifügte, daß dasselbe ein Recht sei, welches sowohl aus der naturalis ratio hervorgegangen, wie auch bei allen Völkern gültig war, so konnte zwar solches Dogma keineswegs als frei von Fehler und Irrthum angesehen werden, allein es nahm im Allgemeinen eine versöhnliche Stellung gegenüber dem historisch gegebenen Rechte ein, insofern in einem höheren Grade annäherungs- und vergleichungsweise das jus gentium ein Recht war, welches als naturali ratione constitutum und commune omnium gentium gelten konnte. Denn wenn gleich bezüglich einzelner Rechtsinstitute die gerechtesten Zweifel über die Richtigkeit jener Induction auftauchen mußten und mit vollem Rechte z. B. die Frage sich

589) Von diesen drei Sätzen gehört eigentlich nur der erste hierher, während der zweite dem Cap. II. zu überweisen sein würde; allein practische Rücksichten geboten die obige Anordnung des Stoffes.

aufwerfen ließ, ob denn die litterarum obligatio, wie die stipulatio, welche bereits zu Gajus' Zeiten theilweis juris gentium waren, in Wahrheit juris omnium gentium [590]) und juris naturalis seien; wenn gleich auch namentlich in der letzteren Beziehung sich darauf hinweisen ließ, wie die Stipulation in der Form des Spondesne? Spondeo! juris civilis, in allen übrigen Formen dagegen juris gentium war, und wie es dem gegenüber sinnlos sei, anzunehmen, daß die Wahl der Worte allein den Werthmesser der Vernunftmäßigkeit oder nationalen Gemeingültigkeit eines Rechtsinstitutes bilden solle; so betrafen doch derartige Bedenken immerhin nur wenige vereinzelte Puncte, während im großen Ganzen und namentlich bei Vergleichung des jus gentium mit dem jenen Merkmalen entsprechenden Character des jus civile jenes Urtheil in der That nicht ungerechtfertigt erscheinen mochte.

Allein diese relative Unbescholtenheit des Dogma ging vollständig verloren, indem Gajus, daneben auch den Zweiten der obigen Sätze aufstellend, das jus naturale sowohl für ein jus gentium, wie für ein actuelles jus commune omnium gentium erklärte, hiermit aber nothwendig auch zu einer Gleichheitserklärung von jus gentium, jus naturale und jus commune omnium gentium, somit aber zu dem Dritten der obigen Sätze gelangte. Denn da insbesondere diejenigen Normen, welche als Postulate des jus naturale anerkannt wurden, sowie diejenigen Satzungen des römischen Rechtes, welche in den Rechten aller Nationen sich vorfanden, noch weit weniger in ihrer Gesammtheit und ausnahmelos juris gentium waren, als alle Satzungen des jus gentium ausnahmelos für ein Product der naturalis ratio oder für national gemeingültig erklärt werden konnten; da andrerseits aber auch die Theorie nicht Kraft genug besaß, ihren eigenen, den obigen Sätzen entsprechenden Postulaten mit einem Schlage

590) Daß die Stipulation höchstens den Völkern griechischer und lateinischer Zunge bekannt, dagegen allen übrigen Nationen fremd gewesen, ergiebt sich daraus, daß noch Gaj. III, 93. als selbstverständlich voraussetzt, daß sie lediglich in griechischen oder lateinischen Worten verlautbart werden könne, bereits Sabinus aber die Zulässigkeit einer anderen Sprache in Abrede gestellt hatte; vergl. Ulpian. lib. 48. ad Sabin. (l. 1. §. 6. D. de V. S. 45, 1.).

Anerkennung und Verwirklichung im Rechtsleben zu verschaffen; so trat mit jenem Ausspruche Gajus in einen weitgreifenden und vielfältigen Widerspruch mit den realen Rechtszuständen und den Resultaten der historischen Rechtsbildung. So war z. B. das ganze, auf eheliche Blutsverwandtschaft gestützte Erbrecht ebensowohl ein jus, quo omnes gentes utuntur, wie auch andrerseits ein von der Anschauung jenes Zeitalters auf die naturalis ratio zurückgeführtes Institut, während im Widerspruche mit den hieran zu knüpfenden Consequenzen das gesammte Erbrecht mit einigen ganz unbedeutenden Modificationen stets juris civilis gewesen war und blieb.

Der aus jenen Vordersätzen sich ergebende Conflict hätte sich nun dadurch zwar beseitigen lassen, daß man für diesen neu construirten Begriff des jus gentium die Prätension, positives Recht zu sein, aufgab, und demselben lediglich eine rein ideale Stellung einräumte; dann würde dieses jus gentium mit dem jus naturale zusammengefallen und lediglich zur Bezeichnung einer besonderen Beziehung dieses Begriffes herabgesunken sein. Da jedoch gerade dieser Ausweg der römischen Theorie fern lag, dieselbe vielmehr an der Realität des jus gentium streng festhielt, so trat nunmehr jener Widerspruch zwischen Speculation und Empirie auch offen und unlösbar zu Tage. Beide, in dem jus naturale, dem jus commune omnium gentium und dem jus gentium eine verschiedene Sphäre umspannend, werden in Einem Raume gewaltsam zusammengepreßt, und zu einer Harmonie gezwungen, welche in Wirklichkeit mangelt, und selbst der Vorstellung widerstrebt, daher in Opposition gegen solches Verfahren der Widerspruch des Geistes selbst die Theorie zu despotischer Willkühr in ihren Sentenzen, wie zu regellosem Aufgeben der Consequenzen ihrer eigenen Vordersätze hindrängte.

So erblicken wir in dieser wissenschaftlichen Thätigkeit eines Gajus und Consorten ein Bild der traurigsten Begriffsverwirrung, welche, auf das Gröblichste die Gesetze des formalen, wie materialen Denkens verletzend, auf dem Gebiete der Inconsequenz oder der Willkühr ohne höheres Princip herumirrt; ein Bild, welches uns lebhaft veranschaulicht, wie in dem Reiche des Gedankens Ein Irrthum unvermerkt von der Wahrheit mehr und mehr ablenkt, gleichwie die divergirenden Linien

zu immer wachsender Entfernung aus einander laufen; eine Bahn, die zu gänzlicher Destruction des historisch gegebenen jus gentium geführt haben würde, wenn nicht die römischen Juristen die Consequenzen ihrer eigenen Dogmen wiederum verleugnet und in vielen Punkten willkührlich wieder aufgegeben hätten.

Dieser Thatbestand allein erklärt nun eine doppelte, in den Rechtsquellen sich darbietende Erscheinung, zunächst nämlich, daß zwischen den römischen Juristen Zweifel und Controversen darüber obwalten konnten, ob ein gegebenes Rechtsinstitut dem jus civile oder dem jus gentium angehöre, wie dies z. B. Gaj. III, 133. bezüglich der transscripticia nomina von Nerva einerseits, wie von Sabinus und Cassius andrerseits berichtet; sodann auch den Umstand, daß, während auf Grund jener speculativen Merkmale einzelne Rechtsinstitute dem jus gentium überwiesen werden, wie z. B. die Ehe, wiederum andere Rechtsinstitute, hinsichtlich deren der nämliche Grund zu solcher Ueberweisung in gleichem Maaße obwaltet, z. B. das auf die eheliche Blutsverwandtschaft gestützte Intestaterbrecht, von dem jus gentium ausgeschlossen bleiben.

§. 85.

Fortsetzung.

(Resultat.)

Der vorgehende Paragraph hat die Thatsache und Beschaffenheit des Irrthumes constatirt, der in der Gleichheitserklärung des jus gentium, jus naturale und jus commune omnium gentium zu Tage trat. Fragen wir nun gegenwärtig nach den Ursachen, welche als die bestimmenden Factoren jener Erscheinung anzusehen sind, so scheiden wir vor Allem eine doppelte Classe jener wirkenden Momente: die nächsten und unmittelbar bestimmenden Ursachen nämlich, und die ferneren und nur mittelbar wirkenden. Die Ersteren haben wir bereits in §. 81 und §. 82. in Verbindung mit §. 60 dargelegt, und sie reduciren sich auf die vier Punkte, daß

1. das jus gentium annäherungsweise und im Vergleiche namentlich mit dem jus civile in Wahrheit ein jus commune omnium gentium und ein Recht war, welches nach den

herrschenden Ansichten jenes Zeitalters auf die ratio naturalis zurückzuführen war, eine einfache Conversion des auf diesen Sachverhalt gestützten Urtheiles aber ebensowohl an sich schon nahe lag, wie andrerseits auch dadurch befördert wurde, daß auch das jus naturale und das jus commune omnium gentium seine Verwirklichung als positives Recht noch am Vollkommensten im jus gentium fand; ferner

2. daß eine äußere Gleichheit der dem jus gentium und jus naturale attribuirten beiden Merkmale der personalen und nationalen Allgemeingültigkeit obwaltete, die Theorie aber den bedeutungsvollen Unterschied übersah, daß diese Merkmale dem jus gentium als actuelle und empirische, wie als grundwesentliche, dem jus naturale dagegen an und für sich nur als potentielle und speculative, wie als abgeleitete zukamen, eine Erscheinung, für welche wir die ersten Anzeichen bereits bei Cicero vorfanden (vergl. §. 42);
3. die Gleichheitserklärung von zwei der in Frage stehenden drei Begriffe zugleich die Gleichheitserklärung beider mit dem dritten Begriffe wesentlich befördern mochte; endlich
4. die Gleichheit der Bezeichnung jus civile als des Ausdruckes für den dem jus naturale und dem jus gentium gegenüberstehenden zwiefältigen Begriff von jus civile die Identificirung dieses selbst und damit auch die seiner Gegensätze unterstützte.

Da jedoch, wie wir bereits in §. 60 bemerkten, weder die Thatsache einer annäherungsweisen Verwirklichung des jus naturale und jus commune omnium gentium in dem jus gentium, noch auch die Annahme eines reinen Denkfehlers auf Seiten der betreffenden römischen Juristen genügt, das hartnäckige Festhalten der Letzteren an jener Irrlehre zu erklären; da vielmehr diese Lehre bereits unter den römischen Juristen schon Widerspruch fand, andrerseits aber auch dem Gajus selbst und Consorten die Wahrnehmung der aus jener unwahren Verbindung von Speculation und Empirie hervorgehenden Conflicte der Theorie mit den historisch gegebenen Rechtsbildungen sich keineswegs entzog, so haben wir auch tiefer liegende Ursachen anzuerkennen, welche jene auffällige Erscheinung erklären, daß die betreffenden römischen Juristen zu einer unbefangenen Prüfung

des wahren Verhältnisses von jus gentium, jus naturale und jus commune omnium gentium nicht gelangten.

Als derartige tiefer liegende Ursachen vermögen wir aus den in den Quellen sich darbietenden Erscheinungen nachstehende Momente zu entnehmen:

I. die in der wissenschaftlichen Thätigkeit der römischen Juristen allgemein vorherrschende Richtung, welche wir als practische Speculation bezeichnen können, und die in der doppelten Bestrebung sich kund gab:
   1. die Speculation practisch zu machen, nämlich dem jus naturale eine Realität zu verschaffen; sowie
   2. das empirische und historisch gegebene Recht durch Speculation tiefer und fester zu begründen, und insbesondere das jus gentium ebensowohl seinem Begriffe, wie auch seinem Inhalte und seiner Materie nach theoretisch zu rechtfertigen; endlich

II. das Streben, den Anforderungen des Zeitgeistes auf Erweiterung des Gebietes des jus gentium Genüge zu leisten.

Zunächst das Streben der römischen Juristen, dem jus naturale eine reale Unterlage und den Vorzug einer practischen Brauchbarkeit zu sichern, ist ebensowohl bedingt durch die Stellung derselben zu dem rechtlichen Verkehre des Lebens, wie dasselbe auch ganz offen in allen uns überlieferten Quellen zu Tage tritt. Da nun als der geeignetste Weg hierfür die Hypostasirung des jus naturale unter das jus gentium, wie auch unter das aequum et bonum von selbst sich darbieten mußte, so haben wir einen offen zu Tage liegenden Grund, in diesem Sachverhalte ein Motiv für das von Gajus angenommene Verhältniß zwischen jus gentium und jus naturale zu erblicken, daher in dieser Beziehung jede weitere Bemerkung sich erledigt.

Ebenso treten andrerseits die Bestrebungen, die Rechtssätze und Institute, wie den Begriff selbst des jus gentium theoretisch zu begründen, und hierdurch dieselben über die Stellung der Gebilde rein historischer Einflüsse emporzuheben, in den Quellen unzweideutig zu Tage, während andrerseits dieses Streben selbst aus der Anregung zu abstracterer Speculation zu erklären ist, welche die Jurisprudenz durch die Philosophie empfing. Daß aber bei dieser auf das Speculative gerichteten Thätigkeit der

Juristen vornämlich das jus naturale als theoretisches Fundament des jus gentium sich darbot, beruht darauf, daß nicht allein der Begriff des jus naturale als ein bereits verarbeitetes speculatives Ganze überliefert wurde, sondern daß diese Lehre sogar von der Philosophie selbst durch das Dogma von der societas hominum in die nächste Berührung mit dem jus gentium gebracht war, der Jurisprudenz sonach nur die Aufgabe blieb, diesem gegebenen Zusammenhange zwischen jus gentium und jus naturale einen Ausdruck zu verleihen und weiter auszubilden — eine Thatsache, welche wir nebst ihren weiteren Consequenzen im folgenden Paragraphen näher in Betracht ziehen werden.

Alle diese Momente treten jedoch in den Hintergrund gegenüber der einen Thatsache, daß der souveräne Geist der Zeit es war, der eine Erweiterung des Gebietes des jus gentium auf Kosten des jus civile erforderte, die römische Rechtstheorie aber bei dem von ihr eingeschlagenen Verfahren lediglich diesem Streben des Zeitgeistes diente, indem sie die geeigneten Hebel herbeischaffte, jene Anforderung systematisch zu realisiren. Jene Neigung des Zeitgeistes selbst ergiebt sich nun aus mannichfachen, hier nicht in Betracht zu ziehenden Momenten; sie erhellt aber auch aus dem von den römischen Juristen bezüglich der Gleichstellung von jus gentium, jus naturale und jus commune omnium gentium eingeschlagenen Verfahren, welches wir daher näher in Betracht zu ziehen haben.

Fassen wir nämlich, um nochmals zu der bereits in §. 79 behandelten Stelle des Gajus, Inst. I, 1. zurückzukehren, das Verhältniß in's Auge, in welchem die darin aufgefundenen drei Merkmale je des jus civile und jus gentium zu diesen Begriffen selbst stehen, so haben wir anzuerkennen, daß nach des Gajus eigener Darstellung eine strenge Ebenmäßigkeit in der Beziehung dieser Merkmale auf das jus gentium einerseits, und auf das jus civile andrerseits obwaltet, sowie daß diese drei Merkmale unter einander selbst cumulativ gegenüber ihrem entsprechenden Begriffe sich verhalten. Daß jedoch diese Darstellung des Gajus eine unrichtige sei, lehrt bereits die Erwägung, daß diesfalls die von Gajus vorgetragene Eintheilung eine erschöpfende nicht sein, vielmehr ein neutrales von dieser Ein-

theilung nicht mit umspanntes Gebiet freilassen würde, daher z. B. das Recht, welches national allgemeingültig, und doch nicht vernunftmäßig ist, wie die Sclaverei, weder juris gentium, noch juris civilis wäre. Mit diesem Resultate aber ist unvereinbar, daß jene Eintheilung von Gajus selbst als eine erschöpfende vorgetragen (partim — partim utuntur) und auch von der römischen Theorie ganz allgemein als solche anerkannt wird.

Wollte man nun aber, geleitet durch diese Rücksicht, statt jener cumulativen Stellung eine ebenmäßig elective Stellung jener Merkmale zu ihrem entsprechenden Begriffe statuiren, so würden jene Eintheilungsglieder wiederum nicht gegenseitig sich ausschließen, vielmehr würde die Satzung z. B., welche auf der naturalis ratio beruht und doch nur auf den römischen Bürger Anwendung erleidet, wie das S. C. Orphitianum oder das Edictum unde liberi, ebensowohl juris civilis, wie juris gentium zu gleicher Zeit sein, was wiederum unvereinbar ist mit dem nach Innen hin exclusiven Character der Eintheilung des Rechtes in ein jus gentium und jus civile, welchen die römische Rechts-Theorie, wie Praxis ebenfalls durchgehends anerkennt [591]).

Diese Wahrnehmung gebietet aber mit innerer Nothwendigkeit die Annahme, daß die vorausgesetzte Ebenmäßigkeit in dem Verhältnisse der drei Merkmale zu dem jus gentium einerseits, und dem jus civile andrerseits in der That nicht obwaltet.

Fassen wir nun in's Auge, welche practische Anwendung von den in jener Weise construirten Begriffen Gajus selbst im einzelnen Falle macht; werden wir uns bewußt, wie auf die Deficienz der beiden neuen, theoretischen Merkmale nie die Ausscheidung eines Rechtsinstitutes von dem jus gentium und dessen Ueberweisung an das jus civile, wohl aber öfter die entgegenstehende Manipulation gestützt wurde; so erkennen wir hiermit, wie alle jene drei Merkmale auf Seiten des jus gentium in Wahrheit electiv, auf Seiten des jus civile cumulativ behandelt wurden und wie hierdurch die Sphäre des historisch gegebenen jus gentium auf Unkosten des jus civile in der Weise er-

591) Die Gegensätze von jus gentium und jus civile sind in ein und derselben Norm schlechthin unvereinbar; die Uebereinstimmung jenes jus civile und des naturale kommt hierbei selbstverständlich nicht in Betracht.

weitert wurde, daß neben den durch die geschichtliche Rechtsbildung gebotenen Stoff des jus gentium das auf die nationale Allgemeingültigkeit und auf die Vernunftmäßigkeit gestützte Recht als neue Materie des jus gentium tritt, hiermit aber dem historisch gegebenen jus civile sich entzieht.

Gerade dieses Resultat aber erstrebte in ihren obigen Dogmen die römische Theorie, die, hierin wie allenthalben lediglich dem Zuge des Zeitgeistes folgend, in speculativer Weise dasjenige tiefer zu begründen unternahm und vertrat, was als Anforderung postulirt ward von dem Rechtsbewußtsein der römischen Nation.

§. 86.

Fortsetzung.

(Resultat.)

Wir wiesen in dem vorhergehenden Paragraphen darauf hin, wie die Philosophie selbst eine Berührung zwischen jus gentium und jus naturale durch die Lehre von der societas hominum vermittelte. Das Verhältniß nun dieser letzteren Lehre zum jus gentium, die daraus sich ergebende Berührung von jus gentium und jus naturale, sowie endlich die durch diese zu erkennenden Verhältnisse bedingten Lehrsätze der römischen Juristen darzulegen, bildet unsere gegenwärtige weitere Aufgabe.

Indem die Stoiker und Cicero in der Lehre von der societas hominum die Darstellung von einem Weltbürgerthume mit seinem allgemeinen Menschenrechte, dem jus naturale, in das Geistesleben der Römer hineintrugen (§. 46), so trat hiermit eine Idee in das Bewußtsein der Letzteren, welche nach antiker Anschauungsweise dem Institute des jus gentium als nothwendige principielle Voraussetzung innelag und als selbstgegebene Basis desselben alsbald anerkannt werden mußte (vergl. § 45). Denn gleichwie auf eine societas der cives die Herrschaft des Gesetzes über den einzelnen Bürger in letzter Instanz sich stützte und diese çivitas als die nothwendige Voraussetzung der communio juris civilis aufgefaßt wurde [592]), so erforderte auch die

592) Unter vielen Belegen hebe ich nur folgende hervor: Plato, Definit. p. 415. c. St. (§. 22. not. 132). Aristot. Polit. I. 1. 11.: τοῦτο γὰρ πρὸς τἆλλα ζῷα τοῖς ἀνθρώποις ἴδιον, τὸ μόνον ἀγαθοῦ καὶ κακοῦ

theoretische Rechtfertigung der Herrschaft eines für alle Freien verbindlichen Rechtes in einfacher Consequenz die Annahme einer entsprechenden societas aller Freien [593]). Wenn gleich daher die älteren Jahrhunderte der Stadt, fremd und unbekannt mit der abstracteren Reflexion, zu einer Erkenntniß jenes leitenden Grundgedankens der gegebenen Erscheinung sich emporzuheben nicht vermocht hatten, so brachte doch mit Cicero die Philosophie jene theoretisch nothwendige Voraussetzung zum vollen Bewußtsein und zur klaren Anschauung. Denn wenn immer der Begriff der societas hominum bei den Stoikern, wie bei Cicero zunächst nur als Glied einer dem jus gentium an sich fremden Vorstellungsgruppe erscheint und lediglich als Pertinenz des Dogma vom jus naturale sich darstellt, so lag doch die Uebertragung jenes Begriffes auf die Lehre vom jus gentium ganz unmittelbar nahe, weil er zugleich auch gerade die Vorstellung vertritt, welche, wie bemerkt, nach der antiken Anschauung zur theoretischen Begründung des jus gentium ganz unentbehrlich war; vergl. §. 45.

Mußten nun aber die römischen Juristen bei der in ihnen erwachenden Empfänglichkeit für speculative Forschung im Allgemeinen und bei ihrer Berücksichtigung der Lehren der practischen Philosophie überhaupt, zur Aufnahme jener Lehre von der societas hominum angeregt werden, und zwar um so mehr, als sie, insbesondere auch das Dogma der Philosophie vom jus naturale annahmen, gerade mit dieser Doctrin aber die Lehre von der societas hominum in der innigsten Verbindung stand; so lag andrerseits auch die Uebertragung jener Lehre auf das jus gentium, ja in weiterer Folge endlich auch eine

---

καὶ δικαίου καὶ ἀδίκου καὶ τῶν ἄλλων αἴσθησιν ἔχειν. Ἡ δὲ τούτων κοινωνία ποιεῖ οἰκίαν καὶ πόλιν. Cic. Somn. Scip. 3.: Concilia coetusque hominum, jure sociati, quae civitates appellantur; de Rep. I, 32: Quid est enim civitas nisi juris societas; de Leg. II, 7, 16.: quam — sancta sit societas civium inter ipsos. Bei Liv. XXVI, 16. wird über Capua decretirt: nullius rei inter se sociam fore (sc. civitatem). Isidor. Orig. IX, 4, 5.: populus est humanae multitudinis, juris consensu et concordi communione sociatus; s. auch unten bei Note 597. Vergl. §. 46.

593) Vergl. Cic. de Legg. I, 7, 23.: Inter quos porro est communio legis, inter eos communio juris est. Quibus autem haec sunt communia, civitatis ejusdem habendi sunt.

derartige Verbindung Beider nahe, wie wir solche bei Gajus und Consorten wahrnehmen: daß nämlich dem jus naturale, als dem Gegenstande jener weltbürgerlichen Rechtsgemeinschaft, das jus gentium hypostasirt und für gleich erklärt wurde.

Wenn sonach Gajus und Consorten in der Behandlung jener Lehre von der societas hominum diejenige Richtung der römischen Jurisprudenz vertreten, welche dem für gleich erklärten jus naturale und jus gentium die Stellung einräumen, die von der Philosophie dem jus naturale für sich zuerkannt war, so finden wir doch daneben auch eine reine und unvermischte Reproduction jener philosophischen Lehre in der Jurisprudenz, und diese Richtung wiederum vertreten Marcianus und Consorten[594]. So erkennt Marcian den Menschen als Glied jener societas, als φύσει πολιτικὸν ζῷον an, und stellt in der Lehre von den res communes omnium hominum ein Dogma auf, welches, parallel der Lehre von den res publicae, als den res communes omnium civium, ganz unmittelbar auf die societas hominum hinweist (§. 54. Note 432. n. 433.), ohne daß auf Grund dieser Sätze von Marcian das jus naturale in eine wesentliche Verbindung mit der Lehre von dem jus gentium gesetzt worden wäre.

So nun gewinnt jene philosophische Lehre von der societas hominum ein zwiefältiges Interesse für uns, einestheils dadurch, daß wir in ihr eine jener mitwirkenden Ursachen erkennen, auf welcher die Gleichstellung von jus gentium und jus naturale beruht: denn dem Bestreben der Jurisprudenz, das jus gentium theoretisch zu begründen, bot die Philosophie in der Lehre vom jus naturale und von der societas hominum ein geeignetes Hülfsmittel, daher gerade hierdurch die obige Verbindung befördert werden mußte; anderntheils gewinnt aber jene Lehre der Philosophie auch ein unmittelbares und selbstständiges Interesse, nicht bloß durch die Thatsache ihrer Adoption Seitens der Jurisprudenz überhaupt, — also auch außerhalb der dar-

---

594) Daß auch hier Marcian es ist, der als Vertreter dieser Richtung uns entgegentritt, stimmt damit überein, daß wir demselben eine vollkommenere Annäherung an die Lehre der Philosophie und insbesondere eine unverfälschte Reproduction der Lehre vom jus naturale beizumessen haben; vergl. §. 54.

auf gestützten Verbindung von jus naturale und jus gentium, — sondern vornämlich auch dadurch, daß jene Lehre zu einem der Centralpunkte sich erhob, um welchen herum eine anderweite selbstständige speculative Erforschung über das Wesen des Rechtes Seitens der Jurisprudenz sich bewegte: die Untersuchung nämlich über den letzten Grund der verbindlichen Kraft des Rechtes, also des jus civile, wie des jus gentium. Und dieser Punkt ist es, den wir an gegenwärtiger Stelle noch in Untersuchung zu ziehen haben.

Unter den verschiedenen Fragen über das Wesen des Rechtes nämlich, welche die Wissenschaft der gegenwärtigen Periode zur Beantwortung sich aufstellte, nahm auch die Frage über die letzten Gründe der verbindlichen Kraft des Rechtes und seiner Herrschaft über das Subject die Aufmerksamkeit der denkenden Köpfe in Anspruch. Zwar war die Herrschaft des jus civile, als des jus civium Romanorum, in principaler Weise basirt auf die civitas Romana, während das jus gentium als das jus commune omnium [liberorum] hominum seine verbindliche Kraft auf die libertas im Allgemeinen stützte Allein diese Wahrnehmung selbst setzte bereits die Herrschaft des Gesetzes, wie die Rechtsfähigkeit der Person als etwas Gegebenes voraus und ließ nun in der civitas und libertas lediglich die Media erkennen, an welche jene Herrschaft, wie andrerseits diese Rechtsfähigkeit nach Außen hin sich anknüpfte. Nicht aber war hiermit zur Erkenntniß gebracht, worauf überhaupt jene Machtäußerung des Gesetzes in letzter Instanz beruhte und welches somit der Grund der Verknüpfung seiner Herrschaft, wie der Rechtsfähigkeit der Person mit der civitas und libertas war.

Bezüglich des jus civile lag die Beantwortung dieser Frage nahe: die in allen normalen Staatsverfassungen der antiken Welt in ihren Grundzügen gleichmäßig sich vorfindende Vertheilung der Staatsgewalt, welche die legislative Beschlußfassung den Volksversammlungen überwies, ließ auf den ersten Blick erkennen, daß der populus [595]) es war, der durch seine Abstimmung

595) Der Ausdruck populus birgt vornämlich eine dreifache Bedeutung: 1) als Inbegriff des Staates, 2) als Organ der Staatsgewalt, welches in den Comitien eine verfassungsmäßige Thätigkeit entfaltet, 3) als Volk und

in den Comitien das jus, wie die lex publica im Allgemeinen sancirte. Diese Beschlußfassung manifestirte sich äußerlich als ausdrücklich consentirende Beitrittserklärung, welche zur Rogation des Magistrates oder tribunus plebis als correlate Willenserklärung hinzutrat, in der Weise, daß auf die Frage des rogirenden Beamten: velitis jubeatis Quirites, hoc sic fieri, die Antwort erfolgte: uti rogasti (sc. ita volo jubeo). Durch diese Worte wird die Rogation zum jussus oder jussum populi oder, wie Papinian. lib. 1. Definit. (l. 1. D. de leg. 1, 3.) sagt: zur communis reipublicae sponsio. Dieser expressus consensus populi [596]) war es daher, der zunächst als Grund der bindenden Kraft der lex publica, wie des jus civile im Besonderen sich darstellte und erkannt ward, so von Julianus lib. 94. Digest. (l. 32. §. 1. D. de leg. 1, 3.):

> Quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt;

Modestinus lib. 1. Regul. (l. 40. D. eod.):

> Omne jus — consensus facit;

und Macrob. in Somn. Scip. 1, 8.:

> Illa autem sola justa est multitudo, cujus universitas in legum consentit obsequium;

wie bereits früher Cicero de Rep. I, 25.:

> Populus — non omnis hominum coetus, quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis, juris consensu et utilitatis communione societas;

---

zwar als Inbegriff a) der concreten Volksmenge, b) des Volkes in abstractem Sinne. In dieser Weise ist die Distinction bei Rubino Untersuchungen p. 233., Becker Handb. der röm. Alterth. II, 1. Note 687. Savigny System I. p. 147. von Volk im ideellen und im concreten Sinne zu ergänzen und zu verbessern. Welche Bedeutung in der obigen Beziehung obwaltet, dies läßt sich nicht in Kürze bestimmen und nachweisen.

596) Daß der Majoritätsbeschluß bereits als consensus populi galt und für den dissentirenden Einzelnen bindende Kraft hat, beruht auf anderweiten staatsrechtlichen Prämissen, die hier nicht weiter in Betracht kommen. Die Existenz solcher Prämissen übersieht Becker, Handbuch der röm. Alterth. II, 1. Note 735. bei seiner Argumentation gegen Rubino, daher, wie wenig ich immerhin die von Letzterem ausgesprochene Parallele der lex mit der verborum obligatio billige, ich doch andrerseits auch die von Becker aufgestellten Gegengründe weder als treffend, noch auch als wahr anerkennen mag.

und ibid. III, 33.:

Mihi populus non est, — —nisi qui consensu juris continetur [597]).

Indem man nun in einer staatsrechtlich nicht begründeten Consequenz dem populus auch außerhalb der Comitien eine Beschlußnahme über lex und jus zuerkannte, gelangte man ferner zu dem Satze, daß auch ohne Vermittelung durch die Comitien der populus durch einen tacitus consensus eine lex publica und jus civile constituiren könne [598]). Dieser tacitus consensus selbst verhält sich aber in doppelter Weise:

1) Als stillschweigende Zustimmung zu einer der beistimmenden Beschlußnahme des populus bedürfenden rechtsverbindlichen Satzung. Hierher gehört, daß man einen stillschweigenden Consens des populus zu einem ohne seine Beschlußfassung abgeschlossenen foedus statuirte, wobei man lediglich die Kundgebung der Volksmeinung und, als Prüfstein der Letzteren, den Ablauf eines längeren Zeitraumes erforderte. Diese Ansicht machte sich geltend bezüglich des mit Hadsrubal abgeschlossenen zweiten Additionalvertrages zum fünften Staatsvertrage mit Carthago, wie dies bezeugt Liv. XXI, 19.;

597) Vergl. Cic. de Rep. III, 31. Augustin. de C. D. II, 21. XIX, 21. 24. Isidor. Orig. IX, 4, 5.

598) Ureigene legislative Kraft und Gültigkeit kam nur den ausdrücklichen oder stillschweigenden Beschlüssen des populus zu; alle übrigen Präcepte der staatlichen oder geistlichen Organe standen entweder dem Begriffe der lex fern, oder insoweit sie sich demselben annähern (legis vigorem habent, legis vicem obtinent), war ihre Kraft nur eine derivative. So leiteten die constitutiones principum ihre legislative Bedeutung aus der lex de imperio her (vergl. z. B. Gaj. I, 5. Ulpian. lib. 1. Inst. (l. 1. pr. §. 1. D. de const. princ. 1, 4.)', und ähnlich verhält sich dies mit der gleichen Stellung der edicta magistratuum. Die legislative Gültigkeit der SCta war anfangs zweifelhaft (Gaj. I, 4.: fuit quaesitum), während die spätere Zeit solche durch einen tacitus consensus populi begründet zu haben scheint (so Pomponius lib. sing. Enchir. (l. 2. §. 9. D. de O. J. 1, 2.): quidquid (sc. senatus) constituisset, observabatur). Die Kraft der responsa prudentum beruhte theils auf dem jus respondendi (Vergl. insbesondere §. 87. de J. N. 1, 2.), theils auf der auctoritas ihrer Urheber (Vergl. z. B. Pomponius l. c. (l. 2. §. 5. D. de O. J. 1, 2.), also ebenfalls auf einer stillschweigenden Anerkennung Seitens des populus, insofern überhaupt jene responsa mehr enthielten als eine Explication des legislatorischen Willens, worüber vergl. §. 12.

In Hasdrubalis foedere —— tot annorum silentio ita vivo eo comprobatum sit foedus, ut ne mortuo quidem auctore quidquam mutaretur;

sowie rücksichtlich des durch L. Marcius im J. 542 oder 543 abgeschlossenen foedus mit Gades, bezüglich dessen Cic. p. Balb. 16, 35. und 15, 34. der commendatio et judicium vetustatis, wie der opinio vetustatis und vetustas die Bedeutung der voluntas et sententiae populi und die Kraft der suffragia lata beimißt.

In der nämlichen Weise ist die verbindliche Kraft der legislativen Senatusconsulte der angehenden Kaiserzeit, sowie der responsa prudentum zu begründen, insoweit die letzteren nicht auf das jus respondendi sich stützten und über die einfache Explication des legislatorischen Willens hinausgingen (vergl. Note 598).

2) Als ein in den mores sich kundgebender, die consuetudo erzeugender[599]), ebenfalls durch einen angemessenen Zeitablauf bedingter tacitus consensus zu selbstgeschaffener Satzung[600]), worüber namentlich Zeugniß abgiebt:

Varro (de moribus) bei Serv. in Aen. VII, 601:

Mores sunt communis consensus omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit; wozu vergl. Macrob. Saturn. III, 8.

Cic. de Inv. II, 54.:

Consuetudine jus est, quod in morem vetustas vulgi approbatione perduxit;

---

599) Die consuetudo ist der Inbegriff der mores inveterati; jene ist das Product, die mores sind das Erzeugende; so in den oben mitgetheilten Stellen; das entgegengesetzte Resultat stellt sich heraus bei Cic. Part. Orat. 37, 130.

600) Die rechtsconstituirende Kraft der mores erkennen namentlich an Cic. de leg. II, 10. (Erant fere in more majorum, qui tum ut lex valebat); Auct. ad Herenn. II, 13, 19. Gaj. III, 82. IV, 26. 27. Julianus l. 94. Dig. (l. 32. pr. D. de leg. 1, 3.), Ulpianus lib. 1 de Off. Proc. (l. 33. D. eod.), Hermogenianus lib. 1. jur. Epit. (l. 35. D. eod.); Vergl. auch Paulus lib. 7. ad Sabin. (l. 36. D. eod.), Modestinus lib. 1. Regul. (l. 40. D. eod.), sowie Celsus lib. 23. Dig. (l. 39. D. eod.). Die interpretative Kraft erkennen an Callistratus lib. 1. Quaest. (l. 38. D. eod.) und Paulus lib. 1. Quaest. (l. 37. D. eod.); die derogatorische Kraft endlich Plaut. Trinum. IV, 3, 30. Liv. 27, 8, 9. Julianus lib. 94. Digest. (l. 32. §. 1. fin. D. de leg. 1, 3.) und Marcianus lib. 1. Inst. (§ 11. J. de J. N. 1, 2.).

Ibid. II, 22.:

Consuetudinis jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit;

Julianus lib. 94. Digest. (l. 32. §. 1. D. de leg. 1, 3.):

Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declararet, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur;

Gajus III, 82.:

Eo juri, quod consensu (sc. tacito) receptum est;

Ulpianus fr. §. I, 4.;

Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus.

Nach Alle dem bildet daher der consensus civium den Grund der bindenden Kraft des jus civile gegenüber der Gesammtheit der ihm Unterworfenen, der cives, und ebenso wird durch diesen consensus das Correlat der Herrschaft des Gesetzes, die Rechtsfähigkeit der Person bedingt, während das Bürgerrecht selbst, die civitas nur als das nothwendige Medium erscheint, welches die Beziehungen des Gesetzes zum Individuum, also die Herrschaft des Ersteren, wie die Rechtsfähigkeit des Letzteren vermittelt.

§. 87.

Fortsetzung.

(Resultat.)

Gleichwie der einzige Rechtsgrund der Herrschaft des jus civile über den civis in dem Consens der civitas gefunden wurde und gefunden werden mußte, so bot sich für die Herrschaft des jus gentium über die homines der gleiche Rechtsgrund dar: Consens der homines. Diese Reflexion finden wir bereits bei Cicero Part. Orat. 37, 130., der, gleichwie er in der majorum mos ein Product der consuetudo anerkennt (vergl. §. 86. Note 599.), so

auch das jus gentium auf die conventa hominum und einen quasi consensus, d. h. auf die Verkehrsverhältnisse des geschäftlichen Lebens und ein hierin sich offenbarendes Analogon des expressus consensus, also auf einen tacitus consensus zurückführt. In ähnlicher Weise tritt gleiche Ansicht bei Marcian zu Tage, wenn derselbe lib. 1. Inst. (§. 2. J. de J N. 1, 2.) sagt:

Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam — — gentes humanae quaedam sibi constituerunt;

denn auch hier erscheint diese Rechtsconstituirung als Act, der bedingt ist durch einen Consens. Das Subject dieses Consenses ist aber, gleichwie bezüglich des jus civile die societas civium, so bezüglich des jus gentium die societas hominum, oder das omne humanum genus, wie Marcian sie benennt. Dieses humanum genus faßt jedoch Marcian nicht als diffuse und ungeordnete Masse in's Auge, vielmehr erkannte er in dem omne humanum genus ein aus natürlichen Theilen bestehendes Ganze an und ließ durch diese Mittelglieder den Consens der Majorität vermitteln, auf diesem Wege die Möglichkeit darlegend, wie jene scheinbar diffuse Vielheit zu einem einheitlichen Willensacte gelangen konnte. Dies sind die humanae gentes, die größeren, durch Stammverwandtschaft, nicht aber nothwendig durch staatliches Gemeinwesen verbundenen und abgeschlossenen Kreise der Menschen [601]).

Gleiche Grundidee vom Consens der gesammten Menschheit kann auch herrschend gewesen sein bei Ulpianus und Paulus, wenn dieselben das jus gentium als praecepta gentium bezeichnen und für ein jus quo omnes gentes humanae utuntur, wie für ein jus omnium gentium erklären, und diesfalls würde eine Verschiedenheit zwischen allen den Genannten nur in der Richtung der Anschauung obwalten, insofern Ulpianus und Paulus das Gewordene, Marcianus das Werdende, Cicero die Kraft des Werdens zunächst in's Auge fassen, Alle dagegen in dem consensus der societas hominum oder gentium diese erzeugende Kraft und in dem jus gentium deren Product anerkennen.

Mit diesem Resultate war die Frage über den letzten Grund der Herrschaft und bindenden Kraft des jus gentium gelöst, allein

---

601) Vergl. §. 81.

gleichzeitig auch der Speculation die Veranlassung geboten, eine weitere Frage in den Kreis ihrer Forschung und Erwägung hereinzuziehen. Denn gleichwie der populus Romanus in den Comitien nur durch die Rogation des Magistrates zur Kundgebung seines Consenses äußerlich angeregt wurde, so bedurfte auch das humanum genus bei dem Acte seiner Rechtsproduction einer gegebenen Veranlassung, welche seinen consensus provocirte und zu jener Manifestation anregte. Gleichwie nun Celsus lib. 23. Digest.[602]) in der schöpferischen Kraft der dinglichen ratio diesen Hebel des civilen Gewohnheitsrechtes anerkannte, so erblickte Marcianus in dem usus exigens und in den humanae necessitates[603]) die Triebkraft, welche die Willensbestimmung des Menschengeschlechtes zur consentirenden Aeußerung über das jus gentium in Bewegung gesetzt hatte; denn in lib. 1. Inst. cit. sagt Marcian:

Usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt.

Mit diesem Satze findet der eine Kreis der Speculation über den letzten Grund der Herrschaft des jus gentium seinen Abschluß: der Drang der Bedürfnisse des geschäftlichen Verkehres und der menschlichen Natur regt das Menschengeschlecht zur Willensäußerung über eine rechtliche Ordnung der auf jenen Voraussetzungen beruhenden Verhältnisse an, und aus dem Consens der Majorität geht hervor das jus gentium.

Dies ist der eine Weg, den bei jener Speculation die römische Jurisprudenz einschlug und bei dem wir in Marcian den Repräsentanten der Wissenschaft anerkennen. Allein daneben finden wir, daß auch nach anderer Richtung hin die Reflexion sich bewegte, und hier ist es Gajus, der uns als Prototyp dieser anderweiten Auffassung erscheint.

602) l. 39. D. de leg. 1, 3.: quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. Wegen ratio vergl. Beilage IV.

603) Daß Marcian an dieser Stelle den usus und die necessitates, nicht aber gleich Gajus die naturalis ratio statuirt, scheint mir ein weiterer Grund für die Annahme, daß die naturalis ratio bei Marcian entweder gar keine Anerkennung oder lediglich eine ganz untergeordnete Stellung fand; vergl. §. 54. Note 435.

Zwar dürfte auch Gajus, gleich Cicero und Marcian, in dem consensus hominum den Grund der bindenden Kraft des jus gentium erblickt haben, und das Merkmal desselben, ein Recht zu sein, quo omnes gentes utuntur, scheint den Consens der Majorität der Menschheit zu seiner Voraussetzung zu haben; allein einestheils tritt nun bei Gajus die Vorstellung zu Tage, daß die Kundgebung dieses consensus durch die organische Gliederung des Menschengeschlechtes nach Staaten vermittelt werde, andrerseits sind bei ihm, ebenso wie bei Ulpianus, die Hebel ganz andere, welche jenen Consens zur Wirksamkeit und in's Dasein berufen.

Gleichwie nämlich das Subject der Rechtserzeugung des jus civile, das römische Volk, ein nach politischen Abtheilungen organisch gegliedertes Ganze war, so greift nun bei Gajus die Vorstellung Platz, daß auch die societas hominum ein in ähnlicher Weise auf politische Gliederung gestützter Organismus war, der in dieser Construction die Rechtsproduction bezüglich des jus gentium bewirkte. Daher treten nun in Folge dieser Ideenverbindung die gentes selbst als staatliche Gemeinwesen in den Kreis dieser Speculation herein.

Den Hebel solcher Rechtsproduction aber bildet nicht, wie bei Marcian, der usus und die necessitates, sondern die naturalis ratio wird erkannt als die Triebkraft, welche die gentes zur Constituirung des jus gentium anregte [604]). Diese ratio, als eine der natura rerum immanente Vernünftigkeit, ist nun älter als das Geschlecht der Menschen selbst; daher war sie als anregende Kraft bereits thätig im Momente der Vollendung des Schöpfungsactes und von dem Augenblicke an, wo der neu geschaffene Mensch zur Besinnung gelangte und den Abschluß der staatlichen Genossenschaften bewerkstelligte, von diesem Moment an empfing er bereits jene Anregung zur Einsetzung eines jus gentium. Dies ist der Sinn, den der Ausspruch des Gajus in lib. II. Aureor. (l. 1. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.) birgt: jus gentium cum ipso genere humano proditum est.

604) Eine ähnliche Ideenverbindung obgleich in etwas anderer Richtung und ohne Bezug auf das jus gentium, finden wir bei Cicero Tusc. I, 13, 30.: omni autem in re consensio omnium gentium lex naturae putanda est.

Allein mit jenem urersten Acte der Rechtsproduction war das jus gentium selbst noch bei Weitem nicht abgeschlossen und vollendet: eine genauere Beobachtung der natura rerum lehrt täglich neue Satzungen in ihr erkennen und so geschieht es, daß in stetiger Entwickelung immer neue Regeln aus jenem unerschöpflichen Borne letzter und vollendeter Weisheit hervorgehen[605].

So enthält diese Speculation des Gajus die drei Positionen:

die naturalis ratio regt die gentes zur Constituirung des jus gentium an;

die gentes constituiren das jus gentium und bedienen sich dessen;

das jus gentium selbst aber bindet das genus humanum;

und diese Sätze stehen unter einander in dem Verhältnisse einer successiven, wie causalen Abhängigkeit, was namentlich sich ergiebt aus:

Instit. I, 189.: Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatium jure contingit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is etc.

Inst. I. 52.: Quae quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes gentes animadvertere possumus etc.

indem eine Vergleichung beider Stellung ergiebt, wie die Vernünftigkeit der Satzung deren nationale Allgemeingültigkeit, und die letztere wiederum deren Einordnung in das jus gentium bedingt. Allein mehrfach giebt auch Gajus jene systematische Reihenfolge auf, indem er die Einordnung einer Norm in das jus gentium sogleich mit deren Vernunftmäßigkeit in Verbindung setzt; so

Instit. III, 154.: Juris enim gentium est societas, quam inire omnes homines naturali ratione possunt.

§. 88.

Fortsetzung.

(Resultat.)

Als das Hauptresultat der in dem gegenwärtigen Capitel angestellten Untersuchungen können wir nun schließlich den Satz

605) Vergl. §. 55.

feststellen, daß von den dem jus gentium von der röm. Jurisprudenz attribuirten drei Merkmalen nur das durch die historische Rechtsbildung gegebene Criterium des jus commune omnium hominum allgemein anerkanntes und wahrhaft wesentliches Merkmal des Begriffes ist; daß dagegen den anderen beiden Merkmalen nur irrthümlicher Weise und nur von einzelnen Juristen jene Bedeutung beigemessen wird, und daß somit, wenn auch die römische Rechtstheorie die Ueberweisung einzelner Institute an das jus gentium auf Grund jener irrigen Criterien anerkennt, die Thatsache der Allgemeinheit solcher Agnition sowohl, wie auch das Maaß der damit verbundenen weiteren Consequenzen besonders festzustellen und auf empirischem Wege zur Erkenntniß zu bringen ist. Daher können wir als den wahrhaft normalen, allgemein herrschenden und durchgreifenden Begriff des jus gentium nur das jus commune omnium hominum anerkennen.

Neben dem durch diese Begriffsbestimmung gegebenen Merkmale, Recht zu sein, welches gleichmäßig über alle Freien herrscht, erkennt jedoch die römische Rechtstheorie noch andere Criterien an, welche sie als characteristisch dem jus gentium attribuirt: die Befreiung des Rechtsgeschäftes nämlich von gesetzlich gegebener Form, wie insbesondere auch von der Fessel einer bestimmten legalen Sprache.

Die Befreiung des Rechtsgeschäftes von gesetzlich gegebener Form im Allgemeinen wird als Characterzug des jus gentium anerkannt von

Paulus lib. 33. ad Edict. (l. 1. §. 2. D. de contr. emt. 18, 1.):

> Est autem emtio juris gentium, et ideo consensu peragitur; et inter absentes contrahi potest, et per nuntium, et per litteras;

lib. 34. ad Edict. (l. 1. D. loc. 19, 2.):

> Locatio et conductio quum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emtio et venditio;

wie von Gajus Instit. 3, 154.:

> Societas —— consensu contrahitur nudo. Juris enim gentium est societas, quam inire omnes homines naturali ratione possunt;

Vergl. auch Ulpianus lib. 71. ad Edict. (l. 1. §. 2. D. de prec. 43, 26.) in Verbindung mit lib. 1. Inst. (l. 1. §. 1. D. eod.). Dagegen die Freiheit des Rechtsgeschäftes von bestimmter legaler Sprache insbesondere wird in dem jus gentium anerkannt von Ulpianus lib. 48. ad Sabinum (l. 8. §. 4. D. de accept. 46, 4.):

> Hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio. Et ideo puto et graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet: ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών,

womit in genauer Verbindung steht, was Ulpian bezüglich der Stipulation bemerkt (l. 1. §. 6. D. de V. O. 45, 1.):

> An alia lingua respondeatur, nihil interest. Proinde si quis latine interrogaverit et respondeatur ei graece, dummodo congruentur respondeatur, obligatio constituta est. Idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad graecum sermonem tantum protrahimus, an vero ad alium, poenum forte, vel assyrum vel cujus alterius linguae, dubitari potest ex (al. et exstat) scriptura Sabini. Sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intelligat, sive per se, sive per verum interpretem;

während wiederum Alledem vollkommen entsprechend ist, was berichtet

Gajus Inst. 3, 93.:

> Sed haec quidem verborum obligatio: Dari Spondes? Spondeo, propria civium Romanorum est; ceterae vero juris gentium sunt [606]) itaque inter omnes homines, sive cives Romanos, sive peregrinos valent. Et quamvis ad graecam vocem expressae fuerint, velut hoc modo: δώσεις; δάσω· ὁμολογεῖς; ὁμολογῶ· πίστει κελεύεις; πίστει κελεύω· ποιήσεις; ποιήσω· etiam hae tamen inter cives Romanos valent, si modo graeci sermonis intellectum habeant. Et e contrario quamvis latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo latini sermonis intellectum habe-

606) So auch Gaj. 3, 119.: — — si — peregrinus spoponderit; vergl. auch 3, 179.

ant; at illa verborum obligatio: Dari Spondes? Spondeo, adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit; quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse.

Endlich bemerkt auch bezüglich der fidejussio, welche ebenfalls juris gentium ist[607],

Ulpianus lib. 47. ad Sabin. (l. 8. pr. D. de fidej. 46, 1.):
Graece fidejussor ita accipitur: τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, sive βούλομαι; sed et si φημί dixerit, pro eo erit atque si dixerit λέγω;

vergl. auch Alexander in l. 12. C. de fidej. 8, 41.:
Blanditus tibi est, qui non teneri te persuasit, quod, quum pro alio intervenires, ὁτιοῦν θέλεις, ποιήσω, dixisti, quum et his verbis obligationem verborum contrahi, pridem receptum sit.

Da wir indeß dem Ersteren jener beiden Criterien lediglich die Bedeutung eines unwesentlichen Merkmales beizumessen haben, indem eine gesetzliche Form auch bei Rechtsinstituten des jus gentium sich vorfindet, z. B. bei der fidejussio und acceptilatio; die Freiheit des Rechtsgeschäftes von einer bestimmten Sprache aber nur als folgemäßiges Merkmal anzusehen ist, so treten beide Criterien, von unserem gegenwärtigen Gesichtspunkte aus betrachtet, als unbedeutsam in den Hintergrund zurück gegenüber dem einen principaliter maaßgebenden Merkmale: des jus commune omnium hominum.

---

607) Nach Gaj. III, 93. cit.

Fünftes Capitel.

Gegenseitiges Verhältniß von jus naturale, aequum et bonum und jus gentium.

§. 89.

Verhältniß zwischen jus naturale, aequum et bonum und jus gentium

Nach Marcianus.

A.

In dem Systeme des Aelius Marcianus erscheinen die drei Begriffe: jus naturale, jus gentium und aequum et bonum in vollkommener Selbstständigkeit neben einander, und das jus gentium insbesondere characterisirt sich dabei lediglich als jus commune omnium hominum.

Die Selbstständigkeit von jus naturale und jus gentium insbesondere erhellt daraus, daß in lib. 1. Instit. (§. 11. u. 2. J. de J. N. 1, 2.) jus naturale und jus gentium in ganz verschiedener Weise characterisirt, und demgemäß auch bezüglich ihrer Satzungen ebensowohl im Widerstreite, als in Uebereinstimmung mit einander hingestellt werden. Das Stadium des Widerspruches wird anerkannt in lib. 1. Inst. (§. 2. J. de J. N. 1, 2.):

> (Ex jure gentium sunt) secutae servitutes, quae sunt juri naturali contrariae: jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur;

sowie ebendaselbst (l. 2. D. de natal. rest. 40, 11.):

> Illis enim utique natalibus (libertinus, qui servus natus fuerat) restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascebatur, quum servus natus esset,

im Gegensatze zu (l. 5. §. 1. D. de stat. hom. 1, 5.):

> Jure gentium servi nostri fiunt, — — qui ex ancillis nostris nascuntur.

In Uebereinstimmung erscheinen jus naturale und jus gentium in lib. 3. Inst. (l. 2. 4. pr. D. de D. R. 1, 8.):

> Quaedam naturali jure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique acquiruntur.
>
> Et quidem naturali jure omnium communia sunt illa: aër, aqua profluens et mare et per hoc littora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstineatur, quia non sunt juris gentium, sicut et mare.

Das bezüglich des mare hervorgehobene Zusammentreffen der Merkmale, ebensowohl res naturali jure omnium communis, als res juris gentium zu sein, beruht aber in dieser Stelle auf dem Kriterium der communio. Denn da das Wesen des jus gentium darin besteht, jus omni humano generi commune zu sein, somit aber eine Sache, welche res juris gentium ist, d. h. cujus usus omni humano generi communis est jure gentium, wesentlich eine res communis omnibus ist, so ist auch jede Sache, welche naturali jure communis omnium ist, gleichzeitig juris gentium [608]).

Ohne Beziehung zu einander finden sich das jus gentium in lib. 1. Inst. (l. 15. D. de interd. 48. 22. und l. 17. §. 1. D. de poen. 48, 19.), lib. 3. Regul. (l. 25. D. de praescr. verb. 19, 5. und l. 25. D. de act. rer. am. 25, 2.); das jus naturale in lib. 1. Inst. (§. 11. J. de J. N. 1, 2.) und lib. sing. ad form. hypoth. (l. 49. D. de solut. 46, 3.).

Das aequum et bonum erscheint ohne alle Beziehung zum jus naturale oder jus gentium, und findet Erwähnung in lib. 5. Regul. (l. 33. D. de adopt. 1, 7. und l. 19. D. de serv. vind. 8, 5.), lib. sing. ad form. hypoth. (l. 8. §. 9. D. quib. mod. pign. 20, 6.), lib. 2. de Apell. (l. un. §. 2. D. de libell. dim. 49, 6.) in den Ausdrücken aequum oder non aequum est; ferner Lib. sing. ad form. hyp. (l. 16. §. 6. D. de pign. vel hyp. 20, 1.) in der Bezeichnung humanius est; endlich in dems. Lib. sing. ad

608) Auch in dieser Reflexion tritt somit hervor, wie bei Marcian das Merkmal jus commune omnium hominum maaßgebender Begriff für das jus gentium ist.



form. hyp. (l. 8. §. 8. D. quib. mod. pign. 20, 6.) in dem Ausdrucke iniquissimum est. Dieser Umstand, in Verbindung mit der Thatsache, daß weder der Begriff der naturalis aequitas, noch andere, bei der Mehrzahl der übrigen Juristen so häufige Wortverbindungen, die auf eine Gleichstellung von jus naturale und aequum et bonum hindeuten, bei Marcian sich vorfinden, läßt aber in der That schließen, daß derselbe in Wahrheit das jus naturale und aequum et bonum gar nicht in eine gegenseitige innere Verbindung setzt.

Entsprechend hiermit erscheint auch das strictum jus ohne innere Relation zu dem jus civile in Lib. sing. ad form. hyp. (l. 16. §. 6. D. de pign. et hyp. 20, 1.): subtilitas legis; lib. sing. ad S. C. Turpillianum (l. 1. §. 10. D. ad S. C. Turp. 48. 16.): stricta ratio; lib. sing. ad form. hyp. (l. 8. §. 16. D. quib. mod. pign. 20, 6.): subtilitates.

Dagegen fließen andrerseits die Gegensätze zum naturale und jus gentium in einem einheitlichen Begriffe des jus civile zusammen, wofür die Gründe sich aus dem Nachstehenden ergeben werden.

B.

Die drei Begriffe des jus naturale, jus gentium und jus civile scheint Marcian in Einem Systeme zusammengefaßt zu haben, dessen Spuren uns in lib. 1. Instit. (§. 2. 11. J. de J. N. 1, 2.) entgegentreten. Marcian bringt nämlich hier jene drei Begriffe in eine parallele Stellung, aus der wir folgende logische Gruppe reconstruiren können:

naturalia jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta sunt;

jus gentium, quod omni humano generi commune est, usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae sibi constituerunt;

jura civilia ipsa sibi quaeque civitas constituit.

Alle diese drei Begriffsbestimmungen vermögen wir in dem uns überlieferten Quellenmateriale mit Sicherheit zu erkennen, und hieraus gewinnen wir das Resultat, daß Marcianus bei jener Bestimmung und Ordnung von einem doppelten Gesichtspunkte geleitet ward.

Zunächst ist es die Frage nach der letzten Quelle des Rechtes, welche jene Eintheilung bestimmt. Da hierbei Marcian abweichend von Gajus, Paulus und Ulpianus die Annahme einer dinglichen vernünftigen ordnenden Kraft verwirft, vielmehr diese Kraft einem Wesen, als dessen Vermögen attribuirt, so verwandelt sich bei ihm die Quelle des Rechtes in ein rechtsconstituirendes Subject. Solcher Potenzen erkennt er drei an: den Deus, der das jus naturale, die gentes humanae, d. i. omnes homines, welche das jus gentium, und die civitas, welche das jus civile constituiren.

Diese Classification erscheint jedoch fehlerhaft namentlich insofern, als der einzutheilende Begriff von jus nicht gleichmäßig festgehalten ist, vielmehr unter dem jus naturale die Rechtsmaterie in abstracto und unabhängig von ihrer Verwirklichung als positives Recht, bei der Eintheilung von jus gentium und jus civile dagegen lediglich die als positives Recht bereits verwirklichte Rechtsmaterie als maaßgebender Begriff in's Auge gefaßt wird. Für diesen Fehler ergiebt sich aber die Probe namentlich daraus, daß in Wahrheit das jus naturale theils juris gentium, theils juris civilis ist.

Sodann concurrirt bei jener Eintheilung in mehr untergeordneter Weise auch die Frage nach dem letzten Grunde der Herrschaft des Rechtes, die in dem Punkte zu Tage tritt, der die Angabe des Rechtssubjectes enthält. Hiernach scheidet sich das Recht in das jus civile, als dasjenige, welches über die cives allein herrscht und dies auf Grund der Constituirung von Seiten der civitas, wie in das Recht, welches über das omne humanum genus herrscht, nämlich das jus naturale, welches auf Grund der Anordnung Gottes, und das jus gentium, welches auf Grund der durch den usus exigens und die humanae necessitates hervorgerufenen Constituirung durch die gesammte Menschheit die Letztere beherrscht.

Endlich für das aequum et bonum und strictum jus vermögen wir eine wissenschaftliche Theorie in den Ueberlieferungen Marcian's nicht zu erkennen.

C.

Als Vertreter des Systemes Marcian's dürfen wir Claudius, Tryphoninus und wahrscheinlich auch Florentinus ansehen, Ersterer wohl ein Vorgänger, Letzterer der Zeitgenosse Marcian's.

Denn auch bei Tryphoninus stehen die drei maaßgebenden Begriffe des jus naturale, jus gentium und aequum et bonum in vollkommener Selbstständigkeit neben einander, und zwar erscheinen naturale jus und jus gentium im Widerstreite mit einander in lib. 7. Disput. (l. 64. D. de cond. indeb. 12, 6.), während die Uebereinstimmung Beider in allgemeinen leitenden Gesichtspunkten der Beurtheilung der Rechtsverhältnisse hervortritt in lib. 9. Disput (lib. 31. D. depos. 16, 3.). Ohne Beziehung auf einander erscheint das jus gentium in lib. 7. Disput. (l. 62. pr. D. de usufr. et quemadm. 7, 1.), das jus naturale in lib. 20. Disput. (l. 28. §. 1. D. de lib. et post. 28, 2.).

Das jus civile wird gleichmäßig dem jus naturale, wie dem jus gentium gegenübergestellt in lib. 9. Disput. cit., wozu vergl. lib. 7. Disput. cit. (l. 62. pr. D. de usufr. et quemadm. 7, 1.).

Als vollkommen selbstständiger Begriff erscheint das aequum in lib. 8. Disput. (l. 12. §. 1. D. de distr. pign. 20, 5.): pretium aequius proficeret debitori; lib. 9. Disput. (l. 31. D. depos. 16, 3.), lib. 11. Disput. (l. 78. §. 4. D. de jur. dot. 23, 3.), Notae ad Scaevolae lib. 5. Digest. (l. 80. D. ad S. C. Trebell. 36, 1.): aequitas; lib. 4. Disput. (l. 12. §. 5. D. de capt. 49, 15.): humanitatis ratio. Ferner findet sich iniquum in lib. 4. Disp. cit. (l. 12. §. 8. 9. D. de capt. 49, 15.). Endlich das strictum jus wird erwähnt in lib. 9. Disput. (l. 67. §. 1. D. de R. N. 23, 2.): strictum jus, wie in lib. 4. Disput. (l. 12. §. 5. D. de capt. 49, 15.): jus subtile.

In gleicher Weise wird bei Florentinus zwischen dem jus gentium und jus naturale ein Widerspruch anerkannt in lib. 9. Instit. (l. 4. pr. §. 1. D. de stat. 1, 5.), während das Letztere selbstständig erscheint in lib. 1. Inst. (l. 3. D. de J. et J. 1, 1. [609]), und lib. 6. Inst. (l. 3. D. de D. R. 1, 8. und l. 6. D. de adqu. dom. 41, 1.) [610]. Dagegen fehlt es uns allerdings an jedem Fingerzeig über die Stellung des aequum et bonum zum jus naturale.

---

609) In Folge der Verbindung, welche diese Stelle in Justinian erhalten hat, bezieht sich dieselbe allerdings auf das jus gentium. Allein ihr Inhalt selbst weist darauf hin, daß sie vom jus naturale handelt.

610) Auch in dieser letzteren Stelle ist in Folge der von Tribonian ihr gegebenen Einordnung unter „eodem jure“ nur „jure gentium“ zu verstehen. Allein Florentinus behandelte in lib. 6. Inst. gleich Gaj. Inst. 2, 65 sq. die Erwerbsgründe des Eigenthums nach der Scheidung von jus

§. 90.

Verhältniß zwischen jus naturale, aequum et bonum und jus gentium Nach Paulus.

A.

Nach der Theorie des Julius Paulus treten jus naturale und aequum et bonum in innere Verbindung, während das jus gentium neben Beiden selbstständig erscheint.

In der ersteren Beziehung nämlich beruht nach Paulus das jus naturale auf der aequitas und wird hierdurch zum aequum et bonum, wogegen das jus civile auf die utilitas sich stützt und somit zum utile wird, gleichzeitig aber auch als strictum jus sich offenbart. Diese Verbindung erhellt vornämlich aus lib. 14. ad Sabin. (l. 11. D. de J. et J. 1, 1.), wie gleichzeitig auch aus der Begriffsbildung einer naturalis aequitas, welche sich vorfindet in lib. 16. ad Sabin. (l. 19. pr. D. de capt. 49, 15.) und lib. 71. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. de dol. mal. exc. 44, 4.). Daß dagegen andrerseits das strictum jus, welches genannt wird in lib. 2. Sent. (l. 30. D. de pec. const. 13, 5.), in dem nämlichen Verhältnisse zum jus civile steht, wie das aequum et bonum zum jus naturale, ergiebt sich nicht allein aus dem Requisite der Ebenmäßigkeit, sondern insbesondere auch daraus, daß die aequitas dem jus civile direct opponirt wird in lib. 41. ad Edict. (l. 6. §. 1. D. de B. P. 37, 1.) und lib. 71. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. de dol. mal. exc. 44, 4.).

Dagegen die Selbstständigkeit des jus gentium neben dem jus naturale erhellt aus lib. 33. ad Edict. (l. 34. §. 1. D. de contr. emt. 18, 1.):

> Quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt;

wie aus lib. 34. ad Edict. (l. 1. D. locat. 19, 2.):

> Locatio et conductio, quum naturalis sit et omnium gentium;

und wird auch nicht aufgehoben durch lib. 3. Quaest. (l. 84. §. 1. D. de R. J. 50, 17.):

> Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus,

---

civile und jus naturale, und dieser letzteren Parthie fallen anheim l. 3. D. de D. R. cit., wie l. 2. 4. 6. 16. D. de acqu. dom. 41, 1.

indem aus dieser Stelle ein Mehreres sich nicht ergiebt, als daß diejenigen auf ein Dare gerichteten vertragsmäßigen Obligationen des jus gentium, welche Paulus in jener Stelle in's Auge gefaßt hat[611]), zugleich dem jus naturale überwiesen werden.

Dagegen finden sich ohne Beziehung zu einander erwähnt das jus gentium in lib. 1. Manual. (fr. Vat. §. 47.); lib. sing. ad S. C. Turpill. (l. 68. D. de R. N. 23, 2.), lib. 21. ad Edict. (l. 23. pr. D. de R. V. 6, 1. und l. 51. D. de contr. emt. 18, 1.), lib. 33. ad Edict. (l. 1. §. 2. D. eod.); dagegen das jus naturale in lib. 35. ad Edict. (l. 14. §. 2. D. de rit. nupt. 23, 2.), lib. 39. ad Edict. (l. 1. §. 3. D. de furt. 47, 2.), lib. 54. ad Edict. (l. 3. §. 5. D. de acqu. poss. 41, 2.), lib. 1. Manual. (l. 83. D. p. soc. 17, 2.), lib 3. ad Sabin. (l. 10. D. de R. J. 50, 17.), lib. sing. de portion. quae liberis damnatorum conceduntur (l. 7. pr. D. de bon. damn. 48, 20.) u. ö.

Bezüglich des Begriffes jus gentium vermögen wir mit Bestimmtheit nur soviel zu erkennen, daß Paulus dasselbe als jus commune omnium hominum characterisirt, während rücksichtlich der von Gajus statuirten beiden anderweiten Merkmale wir ohne den erforderlichen Anhalt uns finden.

Ob endlich das jus civile, welches Paulus in lib. 21. ad Edict. (l. 23. pr. D. de R. V. 6, 1.) und lib. 1. Manual. (fr. Vat. §. 47.) dem jus gentium gegenüberstellt, in eine innere Verbindung gesetzt worden sei mit jenem jus civile, welches dem jus naturale gegenüber steht, dafür fehlen uns allerdings ebenfalls unzweifelhafte Belegstellen; widerlegt zu werden scheint solche Annahme durch die reine Gegenüberstellung von jus naturale und jus civile in lib. 72. ad Edict. (l. 83. §. 5. D. de V. O. 45, 1.):

> Casum adversamque fortunam exspectari hominis liberi neque civile neque naturale est;

allein dennoch glauben wir jene Verknüpfung schließen zu dürfen aus lib. 33. cit. ad Edict. (l. 34. §. 1. D. de contr. emt.

611) Hierunter können ebensowohl die Realcontracte verstanden sein, welche zugleich juris naturalis — so z. B. das mutuum nach lib. 3. Quaest. (l. 126. §. 2. D. de V. O. 45, 1.) — und juris gentium sind, wie auch die Innominatcontracte auf do ut des oder facio ut des, welche ebenfalls gleichzeitig juris naturalis und juris gentium sind, worüber vergl. Marcian. lib. 8. Regul. (l. 25. D. de praescr. verb. 19, 5.) und Ulpianus lib. 4. ad Edict. (l. 1. §. 2. jcto pr. D. de pact. 2, 14.).

18, 1.), wo natura, d. i. jus naturale, gentium jus und mores civitatis, d. i. jus civile die Glieder Einer Begriffsreihe bilden, wie auch aus lib. 14 ad Sabin. (l 11. D. de J. et J. 1, 1.) selbst, da hier das dem jus naturale gegenübergestellte Recht, indem es als jus omnibus aut pluribus in quaque civitate utile bezeichnet wird, in dem Zusatze in quaque civitate ein Merkmal attribuirt erhält, welches die Beschränkung der Herrschaft dieses jus civile über die Bürger der betreffenden civitas in sich schließt.

Dieses jus civile selbst wird sodann anderweit zerlegt in das utile omnibus, d. i. jus commune, und das utile pluribus, d. i. jus singulare, von denen das letztere in lib. sing. de jur. sing. (l. 16. D. de leg. 1, 3.) dahin definirt wird:

Jus singulare est, quod contra tenorem rationis protper aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

Das in dieser Definition wiederkehrende Merkmal der utilatas hat somit das jus singulare mit dem jus commune gemein, während die Verschiedenheit beider darin zu erblicken ist, daß das Letztere aus den Anforderungen der ratio civilis hervorgegangen ist, während das Erstere solcher ratio widerspricht und nur auf die auctoritas des legislatorischen Willens sich stützt.

B.

Die Grundelemente dieser Theorie des Paulus sind gegeben durch die Forschung nach der letzten Quelle des Rechtsstoffes, als welche Paulus einerseits eine naturalis ratio, andrerseits aber zweifelsohne eine civilis ratio anerkennt. Aus solcher ratio geht dort das jus naturale, hier das jus civile hervor.

An sich unabhängig von diesem Resultate bewegt sich die Speculation des Paulus auch nach der anderen Richtung, welche die Erkenntniß des leitenden Principes des Rechtes und somit dessen allgemeine qualitative Wesenheit als Ziel sich vorsteckt. Hier erkennt Paulus ein doppeltes Princip: aequitas und utilitas oder rigor, und dem entsprechend ein zwiefältig qualificirtes Recht: das semper aequum et bonum und das jus utile oder jus strictum.

Beide Kreise der Speculation werden nun mit einander in eine Verbindung gesetzt in der Weise, daß das jus naturale mit dem semper aequum et bonum, das jus civile mit dem jus utile oder strictum für congruent erklärt werden.

Endlich wird aber mit jener zweieinigen Eintheilung auch der Gegensatz des jus gentium und jus civile in Verbindung gesetzt, indem dieses letztere jus civile mit jenem jus civile oder utile verknüpft wird. Hierdurch gewinnt das jus civile einen doppelten Gegensatz: nach der einen Seite hin zum jus naturale, bestimmt durch das Merkmal des „utile"; nach der andern Seite hin zum jus gentium, bedingt durch das Merkmal des „in quaque civitate."

Abgesehen nun davon, daß eine derartige Combination der Begriffsreihen an sich als reine Willkührlichkeit erscheint, und dies um so mehr, weil der eingetheilte Begriff des jus selbst ein verschiedener ist, und das eine Mal die gesammte Rechtsmaterie an sich und abgesehen von ihrer Verwirklichung als positives Recht, das andere Mal nur das wahre, wirkliche Recht repräsentirt, so entspricht auch jene Verbindung keineswegs der Wahrheit, da z. B. auch das jus civile im Gegensatze zum jus gentium Elemente enthält, welche dem semper aequum et bonum anheimfallen, wie das Erbrecht der leiblichen Kinder.

Endlich außerhalb jener Verbindung von semper aequum et boourn und jus naturale steht dasjenige Recht, welches nicht in jener durch den Zusatz von semper bezeichneten absoluten Modalität, sondern nur relativer Weise ein aequum et bonum ist, worüber vergl. §. 69. fin.

C.

Als Vorgänger des Paulus in jener Theorie scheint Aemilius Papinianus angesehen werden zu müssen. Auch bei ihm finden wir das jus naturale und acquum et bonum in der innigsten Verbindung, wie dies erhellt aus lib. 28. Quaest. (l. 95. §. 4. D. de solut. 46, 3.):

> Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel jurejurando ipso jure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur;

während dagegen das jus gentium einerseits in lib. 10. Respons. (l. 45. pr. D. de usurp. 41, 3.), lib. 12. Respons. (l. 29. §. 2. D. de donat. 39, 5.), lib. 36. Quaest. (l. 38. §. 2. D. ad l. Jul. de adult. 48, 5.), und das jus naturale andrerseits in lib. 12. Quaest. bei Ulpianus lib. 40. ad Edict. (l. 8. §. 7. D. de B. P.

c. tab. 37, 4.), lib. 18. Quaest. (l. 25. §. 1. D. quando dies leg. 36, 2.) u. ö. unabhängig von einander erscheinen.

Ebenso verbindet Sextus Pomponius das aequum et bonum mit dem jus naturale, wie aus den Bezeichnungen: jure naturae aequum in lib. 9. ex var. lection. (l. 206. D. de R. J. 50, 17.) und natura aequum in lib. 21. ad Sabin. (l. 14. D. de cond. ind. 12, 6.) erhellt, wogegen über die Stellung des jus naturale zum gentium eine bestimmte Ansicht sich nicht gewinnen läßt, da selbst lib. sing. Enchiridii (l. 2. D. de J. et J. 1. 1.) hierfür keinerlei Anhalt gewährt, indem diese Stelle wahrscheinlich von dem jus naturale handelt und nur in Folge der von Tribonian ihr gegebenen Einordnung eine Beziehung auf das jus gentium erlangt hat.

§. 91.

Verhältniß zwischen jus naturale, aequum et bonum und jus gentium

Nach Gajus.

A.

Bei Gajus gewinnt das jus gentium drei Merkmale: als jus commune omnium hominum, jus quo omnes gentes utuntur und jus quod naturalis ratio constituit, vergl. §. 79—82. Auf dem Letzten derselben beruht die Identität von jus gentium und jus naturale, während andrerseits die Gegensätze Beider in einen einheitlichen Begriff des jus civile zusammenfallen; vergl. §. 83.

Gleichzeitig wird aber auch das jus naturale mit dem aequum et bonum verknüpft, wie sich dies theils aus der Bezeichnung naturalis aequitas ergiebt, welche sich vorfindet in lib. 16. ad Edict. prov. (l. 2. D. unde cogn. 38, 8.) und lib. 2. Aureor. (l. 9. §. 3. D. de acqu. dom. 41, 1.), theils aus lib. 4. ad Edict. prov. (l. 8. D. de cap. min. 4, 5.), indem hier die nämliche Erscheinung gleichmäßig auf das doppelte Argument: quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest und quia in bonum et aequum concepta est actio zurückgeführt wird; vergl. §. 69.

Andrerseits wird auch das jus civile und strictum in Inst. 3, 18—24., wie auch die iniquitas mit dem jus civile in Inst. 3, 25. in Verbindung mit §. 18—24. identificirt und dem entsprechend die aequitas in den Gegensatz zum jus civile gestellt in lib. 16. ad Edict. prov. (l. 2. D. unde cogn. 38, 8.).

Aus dieser doppelten Combination von jus naturale, jus gentium und aequum et bonum, und ihrer gemeinschaftlichen Gegenüberstellung zum jus civile folgt daher auch die Identität von jus gentium und aequum et bonum, wie andrerseits der entsprechenden beiden Gegensätze von jus civile und strictum jus, und diese erhellt auch aus lib. 2 Aureor. (l. 9. §. 3. D. de acqu. dom. 41, 1.):

Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem etc.

B.

Der Schwerpunkt der Theorie des Gajus liegt innerhalb der Sphäre der Forschung nach der letzten Quelle der Rechtsmaterie, als deren Resultat ein jus naturale und jus civile erkannt wird.

Diese Elemente werden bereingezogen in das Gebiet der Speculation über den letzten Grund der Herrschaft des Gesetzes, welche selbst von den gegebenen Gegensätzen des jus civile und jus gentium ausgeht.

Das Product dieser Verbindung ist die Identificirung von jus naturale und jus gentium, wie der entsprechenden beiden Gegensätze von jus civile.

Ohne daß nun in diesem Systeme dem Wesen der Gegensätze von aequum et bonum und strictum jus, wie der Stellung derselben gegenüber dem jus naturale und jus civile eine besondere wissenschaftliche Betrachtung zu Theil geworden zu sein scheint, treten dennoch beide Paare der Gegensätze von selbst in eine innere Verbindung mit einander, da beide in Wahrheit die nämliche Sphäre umfassen.

Die großen Mängel, an denen jene Theorie in der Verknüpfung von jus naturale und jus gentium leidet, sind bereits in §. 84. dargelegt worden. Sie lassen jene Verbindung als eine erkünstelte und unwahre erscheinen und hieraus erklärt sich auch, daß Gajus selbst die behauptete Identität beider Rechtscomplexe consequent festzuhalten und durchzuführen nicht vermocht hat; §. 60. Hierdurch bedingt, erscheint auch die Identificirung von jus gentium und aequum et bonum als willkührliche, indem, wie wenig wir auch einen höheren Grad der Verwandtschaft zwischen Beiden verkennen, dennoch eine vollkommene Gleichheit

nicht obwaltet, da einestheils einzelne Institute des jus gentinm keines von den Merkmalen an sich tragen, welche eine Unterordnung derselben unter das aequum et bonum begründen, wie z. B. die Stipulation; andrerseits aber einzelne Parthieen des jus civile ganz unzweifelhaft der aequitas sich unterordnen, wie z. B. das auf das S. C. Orphitianum, Tertullianum und Edictum unde liberi gestützte Erbrecht.

§. 92.

Verhältniß zwischen jus naturale, aequum et bonum und jus gentium Nach Ulpianus.

A.

Domitius Ulpianus stellt in lib. 1. Inst. (l. 1. §. 2—4. l. 6. pr. D. de J. et J. 1, 1.) folgende Sätze auf:

Privatum jus tripartitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus.

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. — — Videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri.

Jus gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere inde facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune est.

Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit; itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile efficimus.

Diese Stelle ergiebt zunächst zwei Oberbegriffe, den des jus commune, der in lib. 4. ad Edict. (l. 7. § 16. D. de pact. 2, 14.) wiederkehrt, und den des jus proprium. Das Letztere beruht auf einer lex specialis, die in lib. 27. ad Sabin. (l. 24. D. de stat. hom. 1, 5.) genannt wird, während das Erstere entsprechender Maaßen auf der lex communis beruht, obgleich dieser Ausdruck in den uns überlieferten Bruchstücken von Ulpian's Werken sich nicht vorfindet.

Das jus commune zerfällt wiederum in zwei Theile: das jus gentium, quo gentes humanae untuntur, und das jus naturale, quod natura omnia animalia docuit.

Dagegen das jus proprium umfaßt lediglich das jus civile.

Dieses System erschöpft indeß noch nicht den Kreis der hierher gehörigen maaßgebenden Begriffe, welche bei Ulpian uns entgegentreten, indem wir vielmehr in dessen Werken in ganz unverkennbaren Anzeichen die Spuren eines jus naturale vorfinden, welches nicht unter den Begriff des jus, quod natura omnia animalia docuit, fällt, vielmehr als ein die menschlichen Verhältnissen ausschließlich betreffendes Recht sich darstellt (vergl. §. 57.).

Hierdurch bedingt, gewinnen wir nun bei Ulpian ein doppeltes jus naturale, das allen lebenden Geschöpfen und das nur den Menschen gemeinsame jus naturale, und, wenn wir nun fragen, welche Stellung wir dem Letzteren gegenüber dem obigen Systeme anzuweisen haben, so erkennen wir demselben im Sinne des Ulpian die nämliche Gleichstellung mit dem jus gentium zu, in welchem wir die entsprechenden beiden Begriffe bereits bei Gajus vorfanden. Für diese Annahme ergeben sich aber bei Ulpian folgende Anhaltepunkte:

In lib. 4. ad Edict. theilt Ulpian die juris gentium conventiones in solche, welche eine Klage, und in solche, die lediglich eine Exception erzeugen, (l. 7. pr. D. de pact. 2, 14.); indem nun Ulpian die Ersteren als civiles obligationes bezeichnet (l. 7. §. 2. D. cit.), als deren Gegensatz aber die naturales obligationes hinstellt, wie z. B. lib. 46. ad Sabin. (l. 1. D. de novat. 46, 2.), lib. 7. Disput. (l. 14. D. de O. et A. 44, 7.), so fallen nun jene klaglosen conventiones juris gentium, zu denen insbesondere die nuda pacta gerechnet werden (l. 7. §. 4. D. cit.), unter den durch die Bezeichnung obligationes civiles gegebenen Gegensatz der obligationes naturales und werden somit gleichzeitig dem jus gentium, wie dem jus naturale überwiesen. Das gesammte Obligationenrecht fällt aber lediglich dem den Menschen eigenen jus naturale anheim (vergl. §. 57.), daher in obiger Verbindung gerade dieser letztere Begriff maaßgebend ist.

Ferner überweist Ulpian das precarium dem jus gentium in lib. 1. Instit. (l. 1. §. 1. D. de prec. 43, 26.):

Quod genus liberalitatis ex jure gentium descendit;

wie gleichzeitig dem jus naturale in lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. eod.):

Est — natura aequum, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, quum mutavero voluntatem.

Endlich ist jene Gleichstellung des den Menschen eigenthümlichen jus naturale mit dem jus gentium als nothwendige Voraussetzung anzuerkennen von lib. 48. ad Sabin. (l. 3. §. 4. D. de acceptil. 46, 4., wozu vergl. §. 80.), indem Ulpian daselbst dem Sclaven die Rechtsfähigkeit bezüglich der acceptilatio um deßwillen zuspricht, weil diese juris gentium ist. Während sonach das allen animalia gemeinsame jus naturale einen für sich bestehenden, selbstständigen Rechtscomplex bildet, fällt das den Menschen ausschließlich eigene jus naturale mit dem jus gentium zusammen, daher sich das Letztere ebensowohl als jus commune omnium hominum, wie als jus quod naturalis ratio inter homines constituit charakterisirt, wogegen, was das von Gajus aufgestellte Merkmal des jus, quo omnes gentes utuntur betrifft, aus mehrfachen Rücksichten sich als unwahrscheinlich darstellt, daß in der von Ulpian gewählten Nominaldefinition: jus quo gentes humanae utuntur dessen Anerkennung ausgesprochen ist (§. 81.).

Endlich das aequum et bonum wird von Ulpian mit dem jus naturale gleichgestellt, wie dies aus der Bezeichnung natura aequum in lib. 29. ad Edict. (l. 11. §. 2. D. de pec. 15, 1.) und lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.) und aus der Begriffsbildung von naturalis aequitas erhellt, so in lib. 12. ad Sabin. (l. 1. §. 4. D. de suis et leg. 38, 16.), lib. 4. ad Edict. (l. 1. pr. D. de pact. 2, 14.), lib. 11. ad Edict. (l. 1. pr. D. de minor. 4, 4.), lib. 26. ad Edict. (l. 3. §. 7. D. de cond. c. d. 12, 4.), lib. 27. ad Edict. (l. 1. pr. D. de pec. const. 13, 5.), lib. 40. ad Edict. (l. 1. pr. D. de leg. praest. 37, 5.), lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.), und hierbei erscheint das jus naturale in der weitesten Bedeutung, indem die aequitas in dem Ersten der ihr untergeordneten Principien (§. 66) mit dem allen animalia gemeinsamen, in dem zweiten, dritten und vierten Principe dagegen mit dem den Menschen ausschließlich eigenen jus naturale zusammenfällt, daher durch dieses Mittelglied das aequum et bonum auch mit dem jus gentium in Verbindung tritt, so in lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.) und lib. 1. Instit. (l. 1. §. 1. D. eod.).

Dagegen das strictum jus fällt entsprechender Maaßen mit dem jus civile zusammen.

B.

Die Theorie des Ulpian beruht auf einem doppelten Gesichtspunkte, und zwar zunächst auf der Speculation über die letzte Quelle der Rechtsmaterie. Diese führte den Ulpian, wie die übrigen Juristen zur Annahme einer doppelten Materie: eines jus naturale, hervorgegangen aus der naturalis ratio, und eines jus civile, geboten durch die civilis ratio. Indem nun Ulpian, dem von Pythagoras ausgegangenen Dogma beitretend, die Empfänglichkeit für das Erstere den omnia animalia beilegt, vermag derselbe dennoch von der in der Doctrin seiner Zeit allgemein herrschenden Vorstellung eines den Menschen insbesondere gemeinsamen jus naturale sich nicht frei zu halten, vielmehr gestattet er dieser Vorstellung einen Einfluß auf seine eigene Behandlung der einschlagenden Lehre. Hierdurch wird eine Verschiedenheit in die Materie seines jus naturale hineingetragen, die entweder beim Mangel wissenschaftlichen Besinnens seiner eigenen Wahrnehmung sich entzieht, oder in das Bewußtsein eintritt und nun in der Weise theoretisch fundirt wird, daß das den animalia gemeinsame jus naturale auf den appetitus, das den homines besondere jus naturale auf die ratio zurückgeführt wird (§. 56, 57).

Neben dieser Speculation faßt Ulpian die historisch gegebenen Gegensätze von jus gentium und jus civile mit Rücksicht auf die Herrschaft des Gesetzes über das Subject in's Auge und erkennt hier, daß das Erstere über omnes homines, das Letztere über die cives allein herrscht. Festhaltend nun an diesem Gesichtspunkte zieht er nun auch die Sphäre des wesentlich verschiedenen Gegensatzes von jus naturale und jus civile in diese Betrachtung mit herein, und indem er nun dieses doppelte jus civile ohne Weiteres identificirt, erkennt er in dem den animalia gemeinsamen jus naturale einen Rechtscomplex mit einem neuen Rechtssubjecte an, setzt dieses in seiner Theorie in einen Parallelismus mit dem jus gentium und jus civile und gelangt so zu der Begriffsreihe von jus naturale, jus gentium und jus civile, welcher gegenüber nunmehr das den Menschen besondere jus naturale nothwendiger Weise mit dem jus gentium

in dem Begriffe des jus commune omnium hominum coincidiren muß.

Dem aequum et bonum und jus strictum endlich wird eine theoretische Einordnung in jenes System wahrscheinlich nicht zu Theil, vielmehr gewinnen jene die ihnen zukommende Stellung gegenüber dem Letzteren erst im Verlaufe der practischen Anwendung, wie der concreten Behandlung des Begriffes.

So enthält das System des Ulpian, abgesehen davon, daß auch hier der Ausdruck jus eine doppelte Bedeutung birgt, sowie daß der Begriff des den Thieren gemeinen Rechtes ein Unding ist, den Fehler, daß Ulpian die Glieder wesentlich verschiedener Eintheilungen zu einer Begriffsreihe verbindet; während andrerseits ihn der Vorwurf trifft, von diesem Systeme vielfältig selbst abgewichen zu sein, und diesfalls alle die Fehler begangen zu haben, welche wir bereits bei Gajus rügten.

§. 93.

Resultat.

Die Gesammtheit der von uns in Betracht gezogenen maaßgebenden Begriffe, welche die Jurisprudenz der gegenwärtigen Periode wissenschaftlich verarbeitete, umschließt zwiefältig ein doppeltes Element: ein speculatives, welches, durch die Begriffe des jus naturale und des aequum et bonum repräsentirt, dort als Product der philosophischen, hier der vulgären Speculation erscheint, sowie andrerseits ein auf historischer Grundlage beruhendes Element, welches in den Begriffen des jus gentium und jus commune omnium gentium seine Vertretung findet, und dort als rein historisch gegebene Schöpfung, hier als Product einer Abstraction aus den verschiedenen historisch gegebenen Volksrechten sich darstellt. Diese vier Elemente werden mit einander in eine unmittelbare Berührung gesetzt, ja einem Verbindungsprocesse unterworfen, der theilweis zu einer stofflichen Verschmelzung führt und eine Verwandelung der verschiedenen Materien selbst zur Folge hat.

Dieses Sachverhältniß erheischt von der historischen Forschung zunächst die Beantwortung der Fragen, worin das Wesen jener Elemente besteht, und von welcher Beschaffenheit die Verbindung derselben mit einander ist. Die Antwort hierauf

haben wir theils gegeben, theils muß sie den folgenden Theilen überlassen bleiben. Ebenso kann die weitere Erwägung des Einflusses, den in Folge jener Verbindung das speculative Element auf das historische ausübte, nicht hier zur Erledigung gebracht werden. Vielmehr fällt unserer gegenwärtigen Untersuchung nur der Punkt anheim, im großen Ganzen den Gang uns zu vergegenwärtigen, den die philosophische Speculation der römischen Juristen einschlug, und den Einfluß in Betracht zu ziehen, den jene Verbindung auf diese Speculation selbst ausübte. Hiermit gewinnen wir das gegenwärtig zu erforschende Gesammtresultat der wissenschaftlichen Bestrebungen der gegenwärtigen Periode, insoweit wir dieselben in ihren simultanen Verhältnissen in's Auge fassen. Da jedoch unsere Aufgabe zugleich eine historische ist, so wendet sich unser Blick rückwärts zu den Punkten, welche als Resultate die Rechtsphilosophie Griechenlands und Cicero's abschlossen, um uns der successiven Veränderungen bewußt zu werden, welche in jenem Gange der Speculation sich uns offenbaren.

Die allgemeinen Momente, auf denen die Verschiedenheit in dem Gange der Speculation der Philosophie einerseits und der Jurisprudenz andrerseits im großen Ganzen beruht, lassen sich auf folgende vier Differenzpunkte zurückführen:

Zunächst sind die zur Beantwortung aufgestellten rechtsphilosophischen Probleme theilweis andere geworden; denn neben die von der griechischen Philosophie bereits aufgeworfenen Fragen: Was ist das Recht? Woher stammt das Recht? und Wer ist das Rechtssubject? treten nunmehr selbstständig die weiteren Fragen: Worauf beruht die verbindliche Kraft des Rechtes? und Welches sind die allgemeinsten leitenden Principien des Rechtes? Diese fünf Fragen sind es, welche nunmehr den Gang der Speculation selbstständig bestimmen und nach einer theilweis neuen Richtung wenden.

Sodann erleidet der zu bestimmende Begriff selbst, um welchen herum jene Fragen sich concentriren, eine Veränderung: nur in untergeordneter Maaße und nur theilweise werden bezüglich des Rechtes im Allgemeinen jene Fragen gestellt und erledigt; vielmehr tritt an die Stelle des einheitlichen Rechtsbegriffes als der Mittelpunkt der Probleme eine zwiefältige, der

Jurisprudenz bereits überlieferte Classification des Rechtes in dem jus naturale und jus civile, und in dem jus gentium und jus civile. Um beide Begriffspaare gruppiren sich nun vornämlich jene fünf Fragen, weniger aber unmittelbar um den Begriff des Rechtes im Allgemeinen.

Nicht minder wird der für die Untersuchung maaßgebende Bestandtheil des Begriffes innerhalb des ersten Problemes ein anderer: an die Stelle des Inhaltes des Begriffes tritt dessen Umfang, somit der Inhalt des Rechtes selbst, als das die Bewegung der Untersuchung maaßgebend bestimmende Centrum; hiermit werden zugleich die Denkformen, auf welche die Untersuchungen sich zuspitzen, andere: die logisch systematische Form der Definition erscheint nicht mehr als der Endpunkt der Erörterung.

Endlich wird der Umfang des Begriffes weniger in der hierfür gegebenen logisch-systematischen Form der Eintheilung, als vielmehr in einer Summe von Urtheilen dargelegt: der Inhalt des Rechtes wird weniger unter allgemeine leitende, nach logischer Regel gewählte Gesichtspunkte concentrirt, von hier abwärts nach weiteren Unterabtheilungen classificirt, und so in ein wohlgegliedertes und durchgeführtes System gebracht und nach solchem methodisch verarbeitet, als vielmehr überwiegend nach seinen besonderen Erscheinungsformen aufgefaßt und ohne Weiteres in seinen Einzelheiten behandelt.

Indem wir nun diese Veränderungen im Gange der Speculation im Einzelnen verfolgen und hierbei das unserer Untersuchung bisher im Allgemeinen fremd gebliebene erste Problem der besseren Orientirung willen in den Kreis unserer Reflexion mit hereinziehen, so fassen wir zunächst die Beziehung der obigen Probleme zum Rechte im Allgemeinen in's Auge und erkennen hier, daß in Bezug auf dieses nur die drei Fragen: Was ist das Recht? Welches ist der Grund der verbindlichen Kraft des Rechtes? und Welches sind die Principien des Rechtes? gestellt wurden. Die Zweite dieser Fragen kehrt jedoch bestimmter wieder bei der Lehre vom jus naturale, jus gentium und jus civile und findet hier eine ausführlichere Behandlung, daher wir dieselbe nach §. 94 verweisen; dagegen hinsichtlich der anderen beiden Fragen ist es nur Ulpian und resp. Celsus, von welchen

eine besonders formulirte Antwort darauf uns überliefert ist, theils in den Definitionen:

jus est ars boni et aequi; Celsus bei Ulpian. lib. 1. Instit. (l. 1. pr. D. de J. et J. 1, 1.), wozu Ulpian. selbst l. c. (l. 1. §. 1. D. cit.);

justitia est constans et perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi; Ulpian. lib. 1. Regul. (l. 10. pr. D. de J. et J. 1, 1.); wozu vergl. Tryphonin. l. 9. Disput. (l. 31. §. 1. D. depos. 16. 3.): justitia, quae suum cuique tribuit und

jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia; ebendas. (l. 10. §. 2. D. cit.);

sowie anderntheils durch Aufstellung der juris praecepta:

honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere; ebendas. (l. 10. §. 1. D. cit.).

Alle diese Resultate vermögen jedoch in keiner Weise Anspruch auf irgend welche höhere Bedeutung zu erheben, vielmehr ist die Definition des Celsus vom jus, vielleicht influirt vom καλὸν καὶ δίκαιον der Stoiker, vollkommen vag und unbestimmt, während die Definition von der justitia nur das ἀπονεμητικὸν τῆς ἀξίας ἑκάστῳ, die von der jurisprudentia im Wesentlichen nur die Definition der Stoiker von der φιλοσοφία reproducirt (vergl. §. 27. 28). Dagegen von den tria praecepta lassen sich die letzteren beiden bereits bei Cicero als Rechtsvorschriften nachweisen (§. 38), gehören aber zweifelsohne bereits früheren Stoikern an, während das honeste vivere die von Cicero den Stoikern nachgebildete Grundformel ist, welche die Gesammtheit der ethischen Pflichten repräsentirt, im Munde Ulpian's aber eine bei Weitem beschränktere Beziehung annimmt (§. 27, 37, 64 bei Note 518).

Sehen wir indeß ab von diesen unbeachtlichen Resultaten, die Leistungen der römischen Jurisprudenz im großen Ganzen für die Erforschung des Wesens des Rechtes in's Auge fassend, so haben wir zuzugestehen, wie in dieser Beziehung dieselbe durchaus nichts Neues, noch Erhebliches geleistet hat: wir begegnen vielmehr nicht einer einzigen, irgendwie nennenswerthen neuen Ideencombination.

Was insbesondere die Abgränzung des Rechtes nach Außen hin gegen die übrigen Theile der Ethik betrifft, so bleibt auch

Seitens der röm. Juristen diese Frage unerledigt, und weder finden wir die Spuren einer derartigen Gränzbestimmung, noch auch sind wir befugt, der römischen Jurisprudenz die Fähigkeit dafür beizumessen (vergl. §. 64). Allein indem die römischen Juristen hierin auf das sogenannte natürliche Gefühl angewiesen waren, auf jene zur Klarheit der Erkenntniß noch nicht verarbeitete dunkle und unbestimmte Vorstellung, die bei der concreten Anschauung den nach Inhalt und Umfang wohl erkannten und gewußten allgemeinen Begriff so häufig vollständig ersetzt; je mehr, sagen wir, die römischen Juristen bei ihren wissenschaftlichen Operationen auf dieses natürliche Gefühl allein sich stützten, um so sicherer leitete sie inmitten der allgemeinen Irrthümer ihr mit Recht gepriesener Tact, jene Gränzlinie zwischen Moral und Recht festen Fußes inne zu halten, und so bei ihrer detaillirenden Entwickelung des absoluten Rechtes jene Scheidung beider Elemente zu bewerkstelligen, welche die philosophische Theorie vergeblich angestrebt hatte, an der die auf das Practische gerichteten Versuche der späteren Stoiker, wie eines Cicero gescheitert waren (vergl. §. 31, 40).

Bezüglich der Merkmale des Rechtes, so wird dasselbe, wie bereits von den Stoikern und Cicero, als ordnende Norm anerkannt, im Uebrigen aber verleitet der Vorgang der Philosophie und das mit dieser gemeinsame Gebrechen des Verkennens der formalen Pertinenz des Rechtes, wie seines Ausganges von der Staatsgewalt, die Möglichkeit einer rein ideellen, unformalen Existenz des Rechtes zu statuiren (vergl. §. 32, 40, 64). Dieser Irrthum, der auf einem Verkennen des Unterschiedes von Recht und Rechtsmaterie beruht, wirkte insbesondere bestimmend auf den Begriff des jus naturale ein, und die hiermit genommene falsche Wendung hat fortgewirkt bis auf die neueste Zeit und hat noch die erleuchtetsten Geister der modernen Wissenschaft zu verderblichem Irrthume verleitet.

Dagegen haben die römischen Juristen für Darlegung der Satzungen des Rechtes Unübertroffenes geleistet, indem sie das höchste und absolute Gesetz des Rechtes in einem hohen Grade von Reinheit erschauten und als wahres und wirkliches Recht darlegten und realisirten. Allein auch diese Wirksamkeit der römischen Juristen steht in der innigsten Beziehung zu der Lehre

vom jus naturale, daher sie weit mehr dem folgenden Paragraphen anheimfällt.

§. 94.
Fortsetzung.
(Resultat.)

Die höchste und wichtigste Bedeutung gewinnen die in §. 93 aufgeführten fünf Probleme in ihrer Beziehung auf die gegebenen zwei Begriffspaare des jus gentium und jus civile, wie des jus naturale und jus civile, ersteres durch die historische Rechtsbildung, letzteres durch die Philosophie als ein gegebener Stoff der Jurisprudenz überliefert.

In Bezug auf beide Begriffsgruppen nun finden wir das erste Problem: Was ist das Recht? von allen den vier Juristen behandelt, welche wir als die Vertreter der römischen Jurisprudenz bezüglich der von uns erörterten Lehren anerkannt haben. Als die gegebenen grundwesentlichen Begriffsmerkmale werden überliefert bezüglich des jus gentium die Bestimmung als jus commune omnium hominum, bezüglich des jus naturale Seitens Cicero's und der Stoiker die Bestimmung als jus quod ratio d. i. Gott oder die natura constituit. Indem nun mehrseitig die ratio oder natura in eine naturalis ratio verwandelt wird, so wird hiermit der nämliche Grundgedanke, obwohl in einer von der Philosophie wesentlich abweichenden Modalität ausgeführt, von den verschiedenen Juristen selbst aber in einzelnen Punkten verschieden behandelt (einerseits Marcian, andrerseits Gajus, Paulus, Ulpianus; §. 53—57). Hierüber führt die Behandlung dieses Problemes auch in sofern zu einer verschiedenen Beantwortung, als von einigen Seiten theils ein neues speculatives Element: das aequum et bonum, theils ein neues historisch gegebenes Element: das jus commune omnium gentium in den Kreis der behandelten Begriffe hereingezogen wird. Das jus gentium und jus naturale an sich werden selbstständig und in ihrer ursprünglichen Geschiedenheit behandelt von Marcianus und Paulus; dagegen wird das jus naturale von dem Letzteren theoretisch in eine innere Verbindung gesetzt mit dem aequum et bonum. Hinwiederum identificirt werden jus gentium und jus naturale von Gajus, sowie, mit einer gewissen Distinction bezüglich des letzteren Rechtsbegriffes, von Ulpian,

und gleichzeitig werden jene Rechtsmaterien auch von Beiden practisch in Verbindung gesetzt mit dem aequum et bonum. Daneben wird von Gajus der Begriff des jus commune omnium gentium dem jus gentium attribuirt, während bei Marcian und Ulpian diese weiteren Verbindungen der Begriffe unwahrscheinlich, bei Paulus unbestimmbar erscheinen.

Endlich der an sich zwiefältige Begriff des jus civile wird ganz allgemein identificirt, auch von denjenigen Juristen, welche das jus gentium und jus naturale unterscheiden.

Dagegen die Erörterung des Umfanges dieser Begriffe erhebt sich zum Schwerpunkte der gesammten Bestrebungen der römischen Juristen, erfolgt jedoch weniger in logisch systematischer Form, als vielmehr überwiegend in freier Darlegung der einzelnen Satzungen und Institute, gleichzeitig aber auch nicht in abstracten Sätzen, als vielmehr unter Entwickelung der concreten Erscheinungsformen. Daher fehlt es an einer systematischen Darlegung der abstracten Rechtsprincipien; allein dennoch treten solche deutlich wahrnehmbar hervor in der großen Masse eines meisterhaft verarbeiteten Stoffes (§. 61).

So vereinigt das von der römischen Jurisprudenz gegebene Resultat der Lösung dieses Problemes die stärksten Gegensätze: die gröbsten Denkfehler bei Construction des logischen Begriffes; eine vollendete schöpferische Thätigkeit bei Darlegung der Rechtssätze selbst; die Gründe aber dieser letzteren Erscheinung fallen der Erörterung des folgenden Paragraphen anheim.

Das zweite Problem: Woher stammt das Recht? finden wir bei allen vier genannten Juristen, und es führt dasselbe zu dem doppelten Satze: das jus naturale geht aus von der naturalis ratio (Gajus, Paulus, Ulpianus) oder von Gott (Marcianus. — §. 53—57); das jus gentium dagegen erscheint als Product der rechtserzeugenden Thätigkeit der societas humana d. i. des Menschengeschlechtes: der humanae gentes oder des humanum genus, welches selbst wieder sowohl als ein aus natürlichen, durch Stammverwandtschaft gegebenen Theilen, den Völkerschaften, bestehendes Ganze (Marcian), oder als Inbegriff von Staaten, als politischen Theilen aufgefaßt wird (Gajus. — §. 87).

Je nachdem nun jus naturale und jus gentium in Selbst-

ständigkeit neben einander anerkannt, oder aber identificirt werden, bleiben die obigen Resultate unabhängig von einander oder werden zu Einer Vorstellungsgruppe mit einander verknüpft in der Weise, daß das Hervorgehen des Rechtes aus der naturalis ratio für die potentiell, wie actuell nothwendige und wahrhafte Ursache des in gemeinsamer Rechtsproduction zu Tage tretenden Zusammenwirkens der Menschheit erklärt wird.

Das jus civile endlich wird auf die rechtsproductive Thätigkeit der einzelnen betreffenden civitates zurückgeführt (§. 86).

Das dritte Problem, welches der Grund der verbindlichen Kraft des Rechtes sei, wird bezüglich des jus gentium und jus naturale von der Jurisprudenz weniger scharf hervorgehoben und besonders behandelt, als bezüglich des jus civile, hat jedoch auch dort der Reflexion sich nicht gänzlich entzogen. Die Beantwortung dieser Frage ist durch die bereits gewonnenen Vordersätze mit innerer Nothwendigkeit bedingt: bezüglich des jus naturale beruht die bindende Kraft in der ratio naturalis resp. in der Autorität Gottes; bezüglich des jus gentium aber in dem Consense des rechtsproducirenden Menschengeschlechtes, gleichwie in dem jus civile der Consens der betreffenden civitas als die bindende Kraft erachtet wird. (§. 86, 87.).

Bei Gajus, wie in gewisser Beziehung bei Ulpian, treffen sonach bezüglich des jus naturale und jus gentium beide Gründe zusammen, und diese combinirte Rechtsmaterie übt bindende Kraft zunächst in Folge des Consenses der humanae gentes, in letzter Instanz aber in Folge der Macht der ratio naturalis.

Das vierte Problem: Wer ist das Rechtssubject? hat nur dem Ulpianus Veranlassung zu besonderer Erörterung gegeben, und wird von diesem dahin entschieden, daß in Bezug auf das (animalische, ex professo so bezeichnete) jus naturale alle animalia, in Bezug auf das jus gentium (und das damit zusammenfallende menschliche jus naturale) der freie Mensch, endlich in Bezug auf das jus civile der Bürger des betreffenden Staates dem Rechte untergeordnet und rechtsfähig sei (§. 92.). Dagegen der Lehre des Marcianus und Paulus liegen die Sätze inne, daß das Rechtssubject des jus naturale der Mensch, des jus gentium der Freie, des jus civile der Bürger sei, während bei Gajus und Ulpianus bezüglich des jus civile die nämliche Beantwortung zu

geben, bezüglich des (resp. dem Menschen eigenen) jus naturale und jus gentium aber eine theoretische Entscheidung gar nicht möglich ist, weil jus naturale und jus gentium identificirt, und doch auch wiederum der Sclave nicht Subject des jus gentium, wohl aber des jus naturale ist.

Endlich das fünfte Problem, die Frage nach den allgemeinsten Principien des Rechtes umfassend, welches von der griechischen Philosophie in die Untersuchung über den Rechtsbegriff im Allgemeinen, als deren integrirender Theil mit hineingezogen (§ 34.), von Cicero aber daneben in Bezug auf das jus naturale besonders erörtert ward, hier aber wiederum mit der Forschung nach dem Inhalte dieses Rechtes coincidirte (§. 38.), endlich von Ulpian bezüglich des Rechtes im Allgemeinen selbstständig erörtert ward (§. 93.), wurde von Paulus in die Sphäre der Speculation über das Wesen des jus naturale und jus civile hereingetragen, ohne jedoch hier diesen Beiden gegenüber seine Selbstständigkeit zu verlieren; dagegen ward dasselbe, wie es scheint, weder von Marcianus, noch von Gajus und Ulpianus der wissenschaftlichen Theorie eingefügt.

Paulus aber gelangt zur Erkenntniß eines doppelten Princips: der aequitas und der utilitas, der wiederum der rigor juris gleichsteht. Indem nun Paulus die von diesen Principien beherrschte Materie des aequum et bonum und des strictum jus mit dem jus naturale einerseits und dem jus civile andrerseits identificirt, gelangt derselbe hiermit zur bewußten Darlegung einer Wahrheit, die wir als thatsächliche in dem Gange der römischen Rechtsentwickelung anzuerkennen haben, in ihrer sachlichen Bedeutung für die rechtsproducirende Thätigkeit der römischen Juristen aber im nächsten Paragraphen in eine nähere Erwägung mit ziehen werden.

Fassen wir nun nach Alledem die Umwandelung, welche die rechtsphilosophischen Speculationen im Munde der römischen Jurisprudenz erfuhren, in Einem Punkte zusammen, so war es der Rechtsbegriff, dessen Erkenntniß den Schwerpunkt der Bestrebungen der Philosophie bildete, während die Darlegung des Rechtes selbst als Hauptaufgabe von der Jurisprudenz anerkannt wurde.

§. 95.

Fortsetzung.

(Resultat.)

Wenden wir uns nunmehr zur Beantwortung der anderweiten in §. 93. aufgeworfenen Frage, den Einfluß im Allgemeinen festzustellen, der innerhalb des von uns durchforschten Gebietes gegenüber der Lehre vom jus naturale, wie überhaupt gegenüber der gesammten hierauf bezüglichen wissenschaftlichen Thätigkeit der römischen Jurisprudenz, jener Verbindung des speculativen und historischen Elementes beizumessen ist, so erscheint diese Antwort bedingt durch die Erwägung der beiden Momente, welche in jener Verbindung selbst zu Tage treten: der Verschmelzung nämlich der speculativ wissenschaftlichen und der volksthümlichen Anschauung einerseits, sowie der Verknüpfung theoretischer Speculation mit geschichtlicher und empirischer Erscheinungsform andrerseits.

Fassen wir zunächst jene Vereinigung von wissenschaftlicher und volksthümlicher Anschauung in's Auge, welche vor Allen in der innigen Verbindung von jus naturale und aequum et bonum sich offenbart, so haben gerade durch diese Thatsache die römischen Juristen sich selbst das glänzendste Zeugniß ausgestellt, wie sie in Wahrheit ihren Beruf in richtiger Maaße erkannten und in würdiger und vollendeter Weise ihrer Philosophie eine fruchtbringende Anwendung anwiesen. Denn indem dieselben mit ihrem Systeme vom jus naturale das durch die vulgäre Anschauung gebotene Dogma von der aequitas in jene elementare Verbindung setzten; indem sie den durch die Rechtsidee des Volksgeistes gegebenen normativen Stoff des aequum et bonum zum Postulate der lex naturae erhoben; indem sie so der Anschauung des Volkes die Folie speculativ wissenschaftlicher Begründung unterlegten und die vulgäre Reflexion in die Sphäre philosophischer Abstraction emporhoben; so hat hiermit die römische Jurisprudenz jene Anforderung erfüllt, welche wir in §. 44. als den einen Theil der Aufgabe der Philosophie bezeichneten. Und während das eigenthümliche Verdienst der Philosophie eines Cicero, wie des gesammten Griechenlands vornämlich darin besteht, neue Ideen der Menschheit zugeführt und fruchttragende Vorstellungen verbreitet zu haben; während jene Fachphilosophen

vornämlich auf dem Wege theoretischer Speculation die geistige Cultur und den Fortschritt der Menschheit auf der Bahn der Vervollkommnung beförderten; so hat die Rechtsphilosophie der römischen Juristen in der entgegengesetzten Richtung gleiches Verdienst sich erworben: die römische Jurisprudenz hat im Wege der Abstraction von dem Empirischen den letzten und höchsten Gedanken, der als Consequenz in der Idee des Volksgeistes schlummerte, geweckt; sie hat die Allgemeinheit des Urtheiles, welche durch das Festhalten am Concreten bisher gebunden war, gelöst und frei gemacht; sie hat das absolute Element, welches in der am Relativen heftenden Sentenz des Volkes verborgen war, aufgefunden und dargelegt. So hat sie die im Volke herrschenden Ideen, den rohen und ungeordneten Gedankenstoff denkend verarbeitet, der Allgemeinheit des Begriffes näher geführt, zu klarer und lichter Vorstellung abgerundet, und dann diese umgeformte und präcisirte Materie dem Volke wieder überliefert.

So stehen die römischen Juristen mit dem einen Fuße auf dem Boden und inmitten der vulgären Anschauungsweise und des Ideenverkehres des gesammten Volkes; mit dem anderen Fuße auf dem Gebiete der philosophischen Abstraction, — auf einem Standpunkte, der geeigneter ist zur Rechtsproduction, als der unserer modernen Rechtsphilosophen, die über die Rechtsideen der großen Massen hinwegsehen, geeigneter aber auch, als die Stellung unserer modernen Legislation, die von dem Nützlichkeitsgrunde zu selten zur philosophischen Abstraction emporschaut.

Dieser Vereinigung von philosophischer und volksthümlicher Anschauung haben wir daher auch den entscheidendsten Einfluß auf beide Lehren selbst vom jus naturale und aequum et bonum beizumessen, und während die aequitas dadurch eine höhere und wissenschaftliche Unterlage und damit eine vollkommnere Berechtigung ihrer Existenz erlangt, so gewinnt das jus naturale dadurch eine wohlbegründete Substruction und eine feste und sichere Stellung, indem es, in die Rechtsanschauung der gesammten Nation verpflanzt, auf diesem Boden kraftvoll Wurzel schlägt und, weithin sich ausbreitend, auf das Innigste mit dem Volksgeiste sich verbindet. Und gerade diese Versetzung der Doctrin

des jus naturale in die reale Wirklichkeit, in ein reges, vielbewegtes Leben giebt jener Lehre eine unvergleichlich höhere Bedeutung, als wir solche den rechtsphilosophischen Speculationen aller anderen Zeiten und Völker beimessen dürfen. Denn indem das jus naturale zur bewußten Vorstellung und zum wissenschaftlichen Ausdrucke der dem Volksgeiste inwohnenden Ideen sich gestaltet, so erwächst aus dieser naturgemäßen Verbindung jener Lehre eine so intensive Macht, daß deren Vertreter selbst ohne das jus respondendi zu Organen des Rechtsbewußtseins des Volkes werden und so eine Stellung erlangen, die ihnen gestattete, mit Sicherheit und Freiheit ihr Urtheil gegenüber dem gegebenen Rechte auszusprechen und selbst ihren derogatorischen Sentenzen die Verwirklichung als Recht zu beanspruchen und zu erringen.

Nicht minder bedeutungsvoll erscheint die stete Berücksichtigung der Empirie bei Entwickelung des jus naturale, wie die unmittelbare Uebertragung der Ergebnisse der Letzteren auf die Erstere, jene Vereinigung somit von theoretischer Speculation und practischer Erwägung der gegebenen Verhältnisse, welche bei Bearbeitung des jus naturale Seitens der römischen Juristen zu Tage tritt.

Fassen wir hierbei zunächst die practische Richtung in jener wissenschaftlichen Thätigkeit der römischen Juristen in's Auge, so können wir solche im Allgemeinen dahin bezeichnen, daß jene das jus naturale als wahres und wirkliches, herrschendes und verbindliches Recht darlegen, und dies ebensowohl in der Weise, daß sie innerhalb des bereits gegebenen, positiven Rechtes dieses jus naturale nachweisen, als auch bei ihrer eigenen rechtsconstituirenden Thätigkeit jenes jus als rechtsverbindliche Norm offenbaren. Jener erstere Moment tritt namentlich hervor in der Verschmelzung des jus gentium, wie des aequum et bonum mit dem jus naturale, welche als Product der auf das Practische gerichteten Bestrebungen der Jurisprudenz insofern aufzufassen ist, als darin die Absicht sich offenbart, dem absoluten Rechtsgesetze eine reale Unterlage zu geben. Sodann befördern aber auch andrerseits die von den römischen Juristen ausgehenden Rechtsbildungen ebensowohl jus naturale zu Tage, wie sie gleichzeitig auch Regeln enthalten, welche dem zu beurtheilenden einzelnen

Falle, wie der ganzen Classe wesentlich gleichartiger Fälle als angemessen und brauchbar dienen.

So bewegen sich die wissenschaftlichen Operationen der römischen Juristen und ihre Rechtsdeductionen einerseits auf dem Boden der Empirie und des positiven Rechtes; allein weil nach der anderen Richtung hin für die verkündete Norm gleichzeitig die naturalis ratio als Quelle und productive Kraft festgehalten wird, so tritt hiermit die theoretische Abstraction als das zweite Element in die Operationen der römischen Juristen hinein und läßt die offenbarten Gesetze als Ausflüsse der absoluten Rechtswahrheit, als semper aequum et bonum, als jura semper immutabilia atque firma erscheinen.

Und auch durch diese innige Verschwisterung von Speculation und Empirie, sowie, in äußerer Beziehung, in Folge der ganz singulären Stellung der römischen Juristen, in welcher diese als Organe der rechtsconstituirenden Gewalt des Staates erscheinen, gewinnen deren Speculationen eine vollständig verschiedene Bedeutung für das Recht, als solche den Theorien der antiken, wie modernen Philosophen gegenüber dem Rechte beigemessen werden können. Während die Philosophie und insbesondere die moderne Naturrechtstheorie im weiten Reiche des Gedankens in freier, allzu ungebundener Weise sich ergeht und hier nun der Gefahr unterliegt, in der Unendlichkeit des durchmessenen Raumes sich selbst zu verlieren; während die moderne Theorie über die geschichtlich gegebene Rechtsbildung wie über das Bedürfniß des geschäftlichen Verkehres in überschätzender Selbstgenügsamkeit hinwegsieht und so die ureigene Berechtigung historischer Verhältnisse verkennt; während sie ein Recht construirt, welches einzig und allein durch widerrechtliche Usurpation den Namen „Recht" gewinnt, ein Recht, welches, ohne bindende Kraft, dem bürgerlichen Leben fremd und, ohne allgemeine Anerkennung, für die Legislation unfruchtbar ist; welches lediglich als Hirngespinnst seines Urhebers, selbst nicht einmal als frommer Wunsch der Träger des wissenschaftlichen Rechtsbewußtseins der Nation zu gelten hat[612]); so erscheint das jus

612) Vergl. namentlich Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I. p. 3. Note. Auch Savigny, System § 15. Puchta, Pandecten §. 16. Note 6. u. a. m.

naturale in der obigen Beziehung räumlich beschränkt durch den Stoff, den es umschließt, wie durch das Object, das es erfaßt: indem das jus naturale das jus gentium und aequum et bonum sich hypostasirt, tritt jenes in die Gränzen dieser ein und schreibt sich selbst damit die Aufgabe vor, an die leitenden Grundideen dieser Bestandtheile des positiven Rechtes sich zu binden und somit gerade das historisch Gegebene zur wissenschaftlichen Erkenntniß und zur Allgemeinheit der Anschauung emporzuführen, und indem das jus naturale auf die wirklichen Verhältnisse des bürgerlichen Lebens und geschäftlichen Verkehres seine Regeln bezieht, und seine Speculation auf jene realen Erscheinungsformen basirt, so wird es practisch als ordnende und bindende Regel und als Quelle künftiger neuer Rechtssatzung.

So wird das jus naturale der römischen Jurisprudenz zur reflectirenden Betrachtung des historisch gegebenen Rechtes, wie zum bewußten Ausdrucke der Rechtsideen des jüngeren Zeitgeistes; es wird zum wahren, wirklichen Rechte, ohne über die Details seiner Festsetzungen das in der Speculation gebotene absolute Princip aus dem Gesichtskreis entschwinden zu lassen. Und gerade dieser doppelte Moment ist es, welcher erklärt, daß die Jurisprudenz nicht die Aufgabe sich stellte, die Grundgesetze des Rechtes in kurzen Formeln darzulegen, und daß dennoch, indem in der Idee des jus naturale bestimmte allgemeine leitende Gedanken in schöner Ebenmäßigkeit gemeinsam herrschen, wir solche abstracte Rechtsgesetze auf das Deutlichste in jenem erkennen, ja, in dieser Abstraction, sogar deutlicher noch, als sie dem Bewußtsein ihrer Träger selbst sich offenbarten.

§. 96.

Fortsetzung.

(Resultat.)

Werfen wir nun nach Alledem einen letzten vergleichenden Blick auf die philosophische Thätigkeit der römischen Jurisprudenz, wie andrerseits der griechischen Philosophie, so erscheinen die Bestrebungen jener einseitig, in ihren Dimensionen beschränkt, in ihrem Objecte unbedeutend. Denn während die griechische Philosophie das unendliche Gebiet geistigen und körperlichen Seins zu umspannen und in seinen letzten Gründen wissenschaftlich

zu durchdringen strebt; während das Wesen Gottes in gleichem Maaße, wie das des Thieres, die Natur des Universum ebenso, wie des Atomes, die Gesetze der Ethik, wie der Mathematik und Logik der griechischen Philosophie den Stoff zur Forschung bieten, ist es lediglich das Wesen und die Materie des Rechtes, wodurch die römische Jurisprudenz zu philosophischer Speculation angeregt wird. So erscheint zwar das Gebiet der Letzteren beschränkt und klein gegenüber der Unendlichkeit des Raumes, den die Philosophie zu erhellen strebt; allein dennoch mögen wir die weltgeschichtliche Bedeutung der philosophischen Bestrebungen der römischen Jurisprudenz und ihr Verdienst um die Cultur des Menschengeistes nicht gering veranschlagen. Ja das Resultat solcher Speculation ist sogar in noch weit ausgedehnterem Maaße von einer selbstständigen, unmittelbaren und dauernden Wichtigkeit für die Menschheit gewesen, als die Erfolge, deren die griechische Philosophie sich rühmen mag. Denn wenn wir immer nicht verkennen, wie es der Letzteren gelang, auf dem Gebiete der Logik, wie der Metaphysik, der Psychologie, wie der Naturphilosophie, der Moral, wie des Rechtes einzelne Gesetze von absoluter Wahrheit zu entdecken, so vermögen wir doch bezüglich der Meisten derselben der neueren Zeit das gleiche Verdienst einer selbstständigen Auffindung dieser nämlichen Gesetze zu vindiciren, so daß in diesen Stücken die Bedeutung der antiken Philosophie für uns weder eine unmittelbare, noch selbstständige sein kann. Vielmehr haben wir das Hauptverdienst jener Philosophie in der anregenden, wie vorbereitenden Wirkung zu erkennen, durch welche jene zur Cultur des Geistes mächtig beitrug. Denn aus dieser Philosophie empfing das Alterthum, wie später auch das Mittelalter den Stoff zu eigener höherer wissenschaftlicher Forschung und insbesondere ward das Erstere und namentlich durch die stoische Philosophie vorbereitet für die Offenbarung Gottes im Christenthum. Die philosophischen Lehren selbst aber, welche diese bedeutungsvollen Resultate vermittelten, sie sind vorübergegangen gleich der Herrlichkeit Roms und Athens und auf ihren Trümmern sind neue Lehren und Disciplinen errichtet, vollendeter an Structur und Material.

Wohl aber ist es die Rechtslehre Roms, welche, aufgebaut auf dem Fundamente philosophischer Satzung, die Herrschaft

ihrer Lehrsätze bei den gebildetsten Völkern der Welt bereits sechszehn Jahrhunderte hindurch verewigt und so in Wahrheit eine selbstständige, unmittelbare und dauernde Herrschaft sich erhalten hat. Diese Thatsache, obwohl mit prophetischem Geiste bereits von Livius (IV, 4.) verkündet in den Worten:

Quis dubitat, quin in aeternum urbe condita, in immensum crescente — jura gentium hominumque instituantur!

diese Thatsache, sagen wir, erscheint dennoch so außerordentlich und als so unerhörtes national-psychologisches Phänomen in der Weltgeschichte, daß wir zu ihrer Erklärung mit Nothwendigkeit zu der Annahme geführt werden, daß es den römischen Juristen gelang, bei ihren rechtsphilosophischen Speculationen in hohem Grade der einigen und absoluten Rechtswahrheit sich anzunähern.

Und dieses Resultat ist es, welches wir hinstellen als das letzte und höchste Ergebniß jener glücklichen Vereinigung von wissenschaftlicher und volksthümlicher Anschauung, wie von theoretischer Speculation mit historisch gegebener Satzung und empirischer Erscheinungsform.

Dritte Periode.

Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium

bis zum Zeitalter Justinian's.

Jus naturale,

aequum et bonum und jus gentium.

§. 97.

Jus naturale, aequum et bonum und jus gentium im Allgemeinen.

Mit dem gegenwärtigen Abschnitte tritt ein totaler Umschwung in der Behandlung der in Betracht gezogenen Lehren ein; wie alle Speculation über das Wesen des Rechtes, so schwindet auch, bis auf vereinzelte Ausnahmen am Eingange und Ausgange des Zeitraumes, jene theoretische Cultur, welche während der vorhergehenden Periode den obigen drei Lehren zu Theil ward. Nicht mehr der Begriff an sich wird nach Inhalt und Voraussetzungen in speculativer Weise erforscht und in systematischer Form verarbeitet, vielmehr begnügt sich die gegenwärtige Periode den überlieferten Lehrbegriff als einen gegebenen hinzunehmen, und die demselben sich unterordnenden besonderen Erscheinungsformen in concreter Beziehung je nach Gelegenheit der Sache darzulegen.

Diese Erscheinung ist nothwendig bedingt durch den Thatumstand, daß die Träger jener Lehrbegriffe andere geworden sind. Während der vorigen Periode waren es die Koryphäen der Rechtswissenschaft, welche, indem sie als die Hauptfactoren der gesammten Rechtsbildung sich darstellten, doch zugleich eine wissenschaftliche Theorie aufrecht erhielten, in abstrahirender Reflexion die allgemeinen leitenden Grundbegriffe speculativ begründeten, und namentlich auch in besonderen Rechtssystemen die gewonnenen Fundamente wissenschaftlich construirten. In der gegenwärtigen Periode dahingegen fällt die Rechtsbildung fast ausschließlich den Kaisern anheim und erfolgt hier seltener nur in organischen Gesetzen, als vielmehr meistens in Specialverfügungen, welche weder zu abstracteren Erwägungen hinleiten,

noch umfassendere Untersuchungen über den in Anwendung gebrachten Lehrbegriff befördern konnten. Da nun überdem mit der gegenwärtigen Periode, wie alle Wissenschaft, so auch die juristische Theorie entweder vollständig verschwindet, oder doch, insoweit vereinzelte Schößlinge eine kümmerliche Vegetation ihr fristen, aller Selbstständigkeit und Freiheit der Reflexion entbehrt, so fällt der gegenwärtige Zeitraum in der That schon außerhalb des Gesichtskreises, den der bei diesem ersten Theile unseres Werkes gegebene Standpunkt überschauen läßt. Dennoch mußte die Rücksicht, daß für unsere historische Rechtswissenschaft alle juristischen Lehren Rom's in Justininan ihren durch äußere Umstände gegebenen Abschluß finden, bestimmend wirken, die Fortdauer und die in den concreten Erscheinungsformen sich offenbarenden Veränderungen jener Lehrbegriffe einer weiteren Betrachtung zu unterziehen.

Unter allen Factoren des geistigen Lebens der gegenwärtigen Periode liefert aber im Wesentlichen nur die Jurisprudenz einen Beitrag zu der Geschichte der obigen drei Lehren, während die Wissenschaft im Allgemeinen, wie die Philosophie im Besonderen der Rechtsbildung zu fern stehen, als daß Beide ebensowohl der Thätigkeit der Letzteren eine besondere Betrachtung hätten widmen, als auch andrerseits einen unmittelbar bestimmenden Einfluß auf die leitenden Ansichten derselben hätten gewinnen können. Hierin aber liegt der maaßgebende Grund, weßhalb wir die Lehre vom jus naturale in ihrer durch die Philosophie dieses Zeitraumes ihr zu Theil gewordenen Behandlung [613]) nicht weiter zu verfolgen haben; denn, abgesehen davon, daß gegenwärtig die Philosophie in der hier fraglichen Beziehung im Wesentlichen sich begnügt, lediglich die von der vorigen Periode überlieferten Dogmen zu reproduciren, so beeinflußt sie auch, wie bemerkt, weder durch ihre Lehrsätze die Rechtsbildung, welche vielmehr auf den von der Jurisprudenz construirten Fundamenten fortbaut, noch auch widmet sie dieser, von der Jurisprudenz festgehaltenen Gestaltung jener Lehre eine besondere Berücksichtigung.

613) Vergl. Clemens Alexandrin. Strom. I. p. 427.; Hierocles, comm. in aur. carm. Pyth. 67. 109. 129. 153. und bei Stob. Serm. 39, 36. Gaisf. Sext. Empir. Pyrrhon. hypoth. I, 145. III, 24. n. 198.

Was nun die von der Jurisprudenz dieser Periode gelieferten Beiträge für die erörterten Lehren betrifft, so haben wir hierbei, wenn wir von den dürftigen Ueberlieferungen der juristischen Theorie am Eingange dieser Periode absehen, eine dreifache Masse zu scheiden, gegeben theils durch die einzelnen Gesetze und Specialverfügungen der Kaiser, theils durch das Corpus juris Justinian's, theils endlich durch die Paraphrase des Theophilus zu den Institutionen Justinian's. Die verschiedenen Constitutionen der Kaiser bieten bezüglich unserer Lehren einen unzusammenhängenden und diffusen Stoff, in welchem ein gemeinsamer, leitender, bestimmter Grundgedanke im Allgemeinen zu vermissen ist. Der Codex und die Novellensammlung Justinian's bietet je als legislatorisches Ganze das nämliche Bild, wie die Vielheit der Constitutionen im Einzelnen, aus denen jene Sammlungen bestehen. Dagegen in den Institutionen und Digesten muß solche leitende einheitliche Grundidee vom jus naturale und jus gentium, wie von der aequitas gesucht werden, da es unangemessen ist, anzunehmen, daß Justinian, oder vielmehr Tribonian und seine Mitarbeiter jene Lehrbegriffe ausführlicher behandelt, wie angewendet hätten, ohne eine bestimmte theoretische Anschauung von solchen sich zu bilden. Allein da es bei Abfassung dieser Gesetzbücher erging, wie bei allen Compilationen zu beschehen pflegt, daß der Compilator durch die divergirenden Ansichten seines Vorgängers in einzelnen Punkten zu einem inconsequenten Abgehen von seinem eigenen Grundbegriffe und dessen Folgesätzen verleitet wird, gerade diese Gefahr aber bei dem Zusammenwirken mehrerer Mitarbeiter für Abfassung der Institutionen und Digesten doppelt nahe trat und auch in der That ihre Folgen erkennen läßt, so ist es allerdings nicht ohne einige Schwierigkeit, jene leitende einheitliche Grundidee zu erkennen. Gerade um deßwillen aber gewinnt die Paraphrase eine erhöhte Bedeutung für uns, weil gerade Theophilus Mitarbeiter der Institutionen und Digesten war und hierdurch am Vollkommensten befähigt erscheint, ein glaubhaftes Zeugniß für jene in den genannten beiden Gesetzbüchern Justinian's wahrhaft herrschende theoretische Auffassung der in Frage stehenden Lehrbegriffe abzulegen. Daher werden wir in §. 102. diesen Lehren des Theophilus eine besondere Betrachtung widmen.

Was nun das jus naturale insbesondere und zwar zunächst in den Constitutionen der Kaiser betrifft, so sehen wir in dessen einzelnen Erscheinungsformen den Lehrbegriff der vorigen Periode reproducirt, jene Lehre nämlich von einer der natura rerum inwohnenden vernunftvollen Kraft, aus der eine ordnende Regel, das jus naturale hervorgeht. Von jenem Zwiespalte dagegen, der in der vorigen Periode zwischen Marcianus einerseits und Gajus, Paulus und Ulpianus andrerseits in den den höheren Sphären der Speculation anheimfallenden Fragen über die theoretische Begründung jenes jus naturale obwaltete, finden wir in den Constitutionen dieser Zeit keine Spur; dagegen tritt allerdings ein Anklang an die Ulpianische Lehre von einem zwischen Mensch und Thier gemeinsamen jus naturale deutlich zu Tage und läßt erkennen, wie dieses Dogma auch während der gegenwärtigen Periode die Jurisprudenz influirte. In den Institutionen und Digesten endlich, wie von Theophilus wird der Zwiespalt der vergangenen Periode in ganz eigenthümlicher Weise scheinbar ausgeglichen und versöhnt.

Die aequitas verliert ihre Wurzel im Geiste des Volkes und, indem sie in der kaiserlichen Rechtsbildung nach außen hin sich abschließt, verliert sie hiermit jene günstige Stellung, welche während der vorigen Periode sie zu so fruchtbringender Wirksamkeit berief. Wenn immer daher die aequitas unter den erörterten Lehrbegriffen am häufigsten zu Tage tritt, so mangeln ihr doch jene Merkmale, welche während der früheren Periode sie so vortheilhaft auszeichneten: jenes bestimmte Bewußtsein und die Unterordnung unter gegebene leitende Grundideen, welche eine feste, stetige und unwandelbare Richtung in allen ihren Kundgebungen vermittelte und bestimmte. Denn jene aequitas kann da nur gedeihen und zur befruchtenden Quelle der Rechtswahrheit werden, wo ihre Basis eine universelle ist und auf der unmittelbaren Anschauung der Gestaltung der wechselvollen Lebens- und Verkehrsverhältnisse beruht. Wo aber diese Voraussetzungen mangeln, wie bei der Rechtsbildung durch die kaiserlichen Constitutionen, da gewinnt sie eine überwiegend particuläre Wesenheit und entbehrt zugleich des Merkmales der Continuität, welche ihre Postulate von Generation auf Generation vererbt. Daher verliert mit der gegenwärtigen Periode

die aequitas jenen Character, den wir für die früheren Jahrhunderte ihr vindicirten, Ausdruck zu sein des jüngsten Rechtsbewußtseins der Nation: sie verwandelt sich in die Kundgebung der vom gegebenen Rechte unabhängigen Rechtsanschauung der Legislation.

Endlich das jus gentium verliert in Folge äußerer, hier nicht weiter in Betracht kommender Einflüsse seine practische und reelle Bedeutung, daher es aus der Sphäre der Anschauung der kaiserlichen Rechtsbildung ganz heraustritt und spurlos verschwindet, in den Institutionen und Digesten dagegen, zu neuem Dasein berufen, nunmehr die Umwandelung vollendet, für welche die ersten bewegenden Ursachen bereits in der Lehre der vorhergehenden Periode verborgen waren: es hört auf der durch historische Rechtsbildung gegebene Begriff: jus commune omnium hominum zu sein, und geht vollständigst über in ein jus quod naturalis ratio constituit und jus quo omnes gentes utuntur, beidemal in Wahrheit zur lediglich sprachlich selbstständigen, besonderen Bezeichnung zweier Merkmale des jus naturale herabsinkend.

Indem wir uns nun zur Untersuchung des sich darbietenden Materiales im Einzelnen wenden, so werden wir zunächst die Constitutionen der Kaiser, sodann die Institutionen und Digesten Justinian's, endlich die Paraphrase des Theophilus besonders in Betracht ziehen, dabei aber die im Uebrigen sich darbietenden Quellenstellen, ebenso wie diejenigen Stellen in den Institutionen, welche nicht aus Schriften früherer Juristen excerpirt sind, in dem ersten dieser drei Abschnitte mit berücksichtigen.

§. 98.

A. Constitutionen der Kaiser.

Jus naturale.

In den Constitutionen der Kaiser vermögen wir die von der vorhergehenden Periode aufgestellten Dogmen vom Wesen des jus naturale deutlich zu erkennen, jene Lehrsätze nämlich: es giebt eine natura rerum oder natura des Dinges und Wesens, wie auch, in weiterer Abstraction, eine natura der gegebenen Verhältnisse selbst, welche ist der Inbegriff der jenen Wesen, Dingen und Verhältnissen zukommenden Eigenthümlichkeiten und Besonderheiten; in dieser natura rerum waltet gesetzvoll und

ordnend eine vernunftreiche Kraft: die naturalis ratio, und aus dem Wirken dieser ratio gehen hervor eine Summe ordnender Regeln und Gesetze: das jus naturale.

So wird die natura anerkannt von

Diocletianus et Maximianus in l. 20. C. de pignor. 4, 24.:
Pignoraticiae actionis natura;

Valentinianus et Valens in l. 17. C. Th. de praetor. 6, 4.:
Masculorum natura;

Valentinianus III. in dessen Novell. X, §. 3. Haen.:
Rei ipsius natura iniquum;

Justinianus in l. un. C. rei uxor. 5, 13.:
Rubr.: natura dotibus praestita; §. 1. 8. 9. 10.: natura ex stipulatu actionis; §. 2.: natura rei uxoriae (actionis); novam naturam de dote stipulatio sibi invenit; §. 3.: naturale ex stipulatu actionis; §. 6.: ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur;

ingleichen l. 2. C. comm. de legat. 6, 43.:
Natura legatorum; fideicommissi natura;

und Nov. CVI. Praef.:
Ἡ τῆς ἀμφισβητήσεως φύσις (controversiae natura);

Vergl. auch §. 2. 3. J. de leg. 2, 20., §. 3. J. de locat. 3, 24., §. 7. J. de oblig. quasi 3, 27., §. 29. J. de act. 4, 6.

In dieser natura rerum wird jene gesetzvolle Ordnung statuirt von:

Diocletianus et Maximianus in l. 23. C. de probat. 4, 19.:
Actor quod asseverat, probare se non posse, profitendo reum necessitate demonstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit;

Justinianus in l. 14. pr. C. de legit. hered. 6, 58. und in l. 13. C. de contr. et committ. 8, 38.; ingleichen in Nov. XII. c. 1.:
Θεσπίζομεν τοίνυν, τοῦ λοιποῦ, εἴ τις ἀθέμιτον καὶ ἐναντίον τῇ φύσει — — συναλλάξει γάμον, εἴπερ οὐκ ἔχοι παῖδας ἐκ προτέρων γνησέων τε καὶ ἀμέμπτων αὐτῷ γενομένους γάμων εὐθὺς μὲν αὐτῷ τὴν τῶν οἰκείων πραγμάτων ἔκπτωσιν ἐπικεῖσθαι — —. ἀνθ' ὅτου γὰρ ἐξὸν γάμον ποιεῖν νεμομισμένον παρανόμων ἐρᾷ, — — πράττει δὲ ἀσεβῆ καὶ ἀνόσια, καὶ τοιαυτά γε ἐπιθυμεῖ, ὁποῖα πολλὰ καὶ τῶν ἀλόγων ἀποσείεται ζώων; ἔστω γε αὐτῷ

ποινὴ μὴ δήμευσις μόνον, ἀλλὰ καὶ — — τοῦ σώματος αἰκισμός, ὅπως ἂν μάθοι σωφρονεῖν καὶ εἴσω τῆς φύσεως μένειν, ἀλλὰ μὴ τρυφᾷν τε καὶ ἐρᾷν ὑπερόρια, καὶ τῶν παραδεδομένων ἡμῖν ἐκ τῆς φύσεως καταυθαδιάζεσθαι νόμων (Sancimus igitur, ut, si quis in posterum illicitas et naturae contrarias nuptias contraxerit, siquidem liberos ex prioribus legitimis et inculpatis nuptiis natos non habeat, statim ille res suas amittat. Quum enim legitimas nuptias contrahere licuisset, cur illegitimas appetit, et impia ac nefaria perpetrat, eaque concupiscit, quae multa etiam irrationalia animalia aversantur? Poena igitur illius sit non solum publicatio bonorum, sed etiam corporis castigatio, ut discat caste vivere, et intra naturae terminos se continere, nec voluptuose vivere et quae modum excedunt amare, iisque, quae a natura tradita sunt, repugnare);

Nov. XVIII, Praef.;

Πειρώμεθά τι προσεξευρίσκειν ἀεὶ τῇ φύσει τε ἀκόλουθον (quid invenire annitimur, quod semper naturae conveniat);

Ibid. c. 5. Nov. LXXIV, Praef., c. 1. Nov. LXXXIV, Praef. Nov. LXXXIX, c. 1. pr. c. 9. pr.:

Ὥσπερ γάρ εἰσι τρόποι τοὺς οἰκέτας εἰς ἐλευθερίαν τε ἅμα καὶ εὐγένειαν ἄγοντες καὶ ἀποδιδόντες τῇ φύσει, οὕτως, εἴπερ ὁ πατὴρ οὐκ εὐποροίη γνησίας γονῆς, βούλοιτο δὲ αὐτοὺς ἀποκαταστῆσαι τῇ φύσει καὶ τῇ ἄνωθεν εὐγενείᾳ, εἴ γε ἐξ ἐλευθέρας αὐτῷ γένοιντο καὶ γνησίους τὸ λοιπὸν καὶ ὑπεξουσίους ἔχειν, τοῦτο πραττέτω δι' ἡμετέρας ἀντιγραφῆς. οὐδὲ γὰρ δὴ τὴν ἀρχὴν, ὅτε ἡ φύσις τοῖς ἀνθρώποις διεθεσμοθέτει μόνη, πρὶν τοὺς γραπτοὺς εἰσφοιτῆσαι νόμους, ἦν τις διαφορὰ νόθου τε καὶ γνησίου, ἀλλὰ τοῖς πρώτοις γονεῦσιν οἱ πρῶτοι παῖδες, — — ἅμα τῇ προόδῳ γεγόνασι γνήσιοι. καὶ ὥσπερ ἐπὶ τῶν ἐλευθέρων ἡ μὲν φύσις πεποίηκεν ἐλευθέρους ἅπαντας, οἱ πόλεμοι δὲ τὴν δουλείαν ἐξεῦρον, οὕτω κἀνταῦθα ἡ μὲν φύσις γνησίας προήγαγε τὰς γονάς, ἡ δὲ εἰς ἐπιθυμίαν ἐκτροπὴ τὸ νόθον αὐταῖς προσανεμάξατο (sicuti enim certi sunt modi, qui servos ad libertatem simul et ingenuitatem ducunt atque naturae reddunt, ita si pater legitimam sobolem non habeat, eos vero natura et primis

legitimis natalibus, si scilicet ex libera illi nati sint, restituere eosque legitimos et in potestate habere velit, hoc per edictum nostrum faciat. Neque enim initio, quum sola natura leges hominibus sanciret, antequam scriptae leges latae essent, differentia erat inter naturalem et legitimum, sed primis parentibus primi liberi, simulatque ederentur legitimi erant. Et quemadmodum in liberis hominibus natura quidem omnes liberos fecit, bella vero servitutem invenerunt, ita et hic natura quidem legitimam produxit sobolem, conversio vero ad libidinem illis naturales immiscuit);

Ibid. c 12. §. 5. Vergl. auch Nov. LXXVIII. c. 5.; LXXXIV, Praef. in fin., c. 1. pr., §. 1.; LXXXIX, c. 9. §. 1.; CVII, Praef. u. a. m.

endlich auch Serv. in Aen. II, 426.:

Aequum juxta naturam accipiunt.

Dem entsprechend wird dem Richter auch die Berücksichtigung der natura negotii anempfohlen von Arcadius Charisius lib. sing. de test. (l. 21. §. 3. D. de test. 22, 5.).

Die in dieser Ordnung der Dinge wirkende Kraft wird als naturalis ratio bezeichnet von Diocletianus et Maximianus in l. 10. C. de non num. pec. 4, 30.:

— — negantem numerationem, cujus naturali ratione probatio nulla est;

sowie in l. 14. C. de his qui accusare 9, 1.:

Si pietas et ratio naturalis animi tui non revocat intentionem;

endlich auch von Boëth. ad Cic. Top. 5, 28. p. 321. Or.:

Aequitas est, quod naturalis ratio persuasit.

So geht hervor aus dem Wirken dieser vernunftvollen Kraft ein Gesetz für die menschlichen Verhältnisse: die lex naturae [614]), welche Justinian in Nov.. 74. c. 4. pr. als φυσικοὶ νόμοι bezeichnet. Auf dieser lex naturae beruht das jus naturale oder jus naturae, auch natura oder φύσις schlechthin benannt [615]),

614) Naturae leges findet sich im Sinne von Gesetz der physischen Natur; s. Theodosius, Arcadius et Honorius in l. 12. §. 1. C. Th. de pagan. 16, 10. Vergl. Nov. Theod. III. §. 1. 8.

615) So insbesondere im Gegensatze zum νόμος, so in Nov. 74. c. 2. §. 1. Nov. 84. Praef. pr., oder zu den γραπτοὶ νόμοι, so in Nov. 89. c. 1. pr., doch auch sehr häufig ohne solchen Gegensatz.

welches außer den bereits mitgetheilten Stellen besonders hervorgehoben wird, sei es im Sinne der Norm, sei es im Sinne der derselben entsprechenden Befugniß, von

(Constantinus) in fr. Vat. §. 248:

Patris dicioni naturaeque juri subjugati (i. e. liberi qui in patria potestate sunt);

Leo et Anthemius in l. 5. C. de bon. quae lib. 6, 61.:

Ambiguas atque legum diversis interpretationibus titubantes causas benigne atque naturalis juris moderamine temperare;

Justinianus in l. 30. C. de j. dot 5, 12.:

Ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur;

wie auch vom Auct. Itiner. Alex. c. 2.:

Quisque mortalium jure naturae in eo se plus diliget, a quo ipse defenditur;

und von Sulpicius Victor Inst. Orat. p. 286. Capp., welcher als den ersten locus des status negocialis den locus naturalis justi d. i. des jus naturale bezeichnet. Indem nun Victor diesen locus auf den Fall anwendet: Civitas in tyrannide omne, quod liberorum natum fuerat, exposuit; vicina civitas collegit et educavit; finita tyrannide petunt patres filios et offerunt alimenta; illi contradicunt, besagt derselbe sodann weiter:

Per quem (sc. locum juris naturalis) utrumque in hac causa disputari potest: ex parte eorum, qui retinent, an naturale sit justum, ut, qui semel filios exposuerunt, repetere non possint; ex parte patrum, an potius naturale sit justum, ut patres quolibet tempore recipiant filios suos, et naturale jus repetant.

Ebenso bezeugen die Annahme solches jus naturale die Ausdrücke naturae religio, d. i. die auf dem jus naturale beruhende Pietät gegen die Eltern [616]) bei Constantinus in l. 2. C. Th. de inoff. 2, 19., und naturalis oder naturaliter, wie bei Diocletianus et Maximianus in l. 9. C. ad exhib. 3, 42; Justinianus in l. 30. C. de j. dot. 5, 12.; l. un. §. 5. C. rei uxor. 5, 13; l. 2. C. comm. de legat. 6, 43.; l. un. C. de S. C. Claud. 7, 24. Endlich bei Arcadius et Honorius in l. 2. C. de nat. lib. 5, 27., Justinianus rubr. C. eod., l. 4. C. de confirm. tut. 5,

616) Gleichbedeutend sagen Dioclet. et Maxim. in l. 18. C. de inoff. 3, 28.: pietatis religio.



29. Nov. LXXIV. u. ö.: naturalis filius, filia, naturales liberi und ähnlich.

Gleichwie demnach die speculativen Grundlagen, auf denen das jus naturale der gegenwärtigen Periode beruht, die nämlichen sind, welche wir in der Theorie eines Gajus, Paulus und Ulpianus vorfanden, so ist auch die Wesenheit dieses jus naturale in den allgemeinen Grundzügen die gleiche geblieben: das jus naturale ist die urerste und höchst wahre Rechtsnorm, das Grundgesetz allen menschlichen Verkehres, daher Vorbild und zu verwirklichendes Ideal für die staatliche Legislation [617]), wie auch Gesetz, welches allein und ausschließlich den Urzustand der Menschen regelte [618]). Nur was die Stellung dieses jus naturale gegenüber den wirklichen Zuständen des bürgerlichen Lebens anbetrifft, so macht sich eine wesentliche Veränderung der Anschauung insofern bemerklich, als mit der gegenwärtigen Periode, und namentlich in der Legislation Justinian's die Auffassung zur maaßgebenden Geltung gelangt, daß jenes jus naturale bei den anerkannter Maaßen veränderten Zuständen der menschlichen Gesellschaft nicht unmittelbar herrschendes und verbindliches Recht, sondern lediglich berufen sei, durch die Gesetzgebung des Staates als positives Recht verwirklicht zu werden. In dieser Stellung aber erscheint dasselbe als absolutes Normalrecht lediglich für den Gesetzgeber, nicht aber für die Bürger und deren gegenseitige Beziehungen, daher gegenüber den Verhältnissen des Verkehres und bürgerlichen Lebens dem jus naturale lediglich eine rein ideale und rein potentielle Bedeutung zukömmt. In dieser Anschauung aber, welche wir bereits in der vorigen Periode bei Paulus angedeutet, bei Marcianus aber vollkommen ausgeprägt fanden, und welche bei Justinian insbesondere in Nov. 74. c. 1., 78. c. 5., 89. c. 1. pr., c. 9. pr. cit. und hier namentlich darin zu Tage tritt, daß derselbe dem jus naturale die Anerkennung einer vollkommenen Gleichheit und Gleichberechtigung der Sclaven und Freigebornen, wie der liberi naturales und legitimi überweist; in dieser Anschauung, sagen wir, ist der Fortschritt des Gedankens vom Irrthume zur

617) So namentlich Nov. 18 Praef., c. 5.; Nov. 84. Praef., sowie Constit. Δέδωκεν §. 18.

618) So namentlich Nov. 74, c. 1., 89. c. 1. pr., c. 9. pr.

Wahrheit anzuerkennen, jener Fortschritt nämlich, der darin enthalten ist, daß das uralte, noch von Gajus und Ulpian vertretene, grundfalsche Dogma aufgegeben wird, welches dem absoluten und höchsten Rechtsgesetze die Stellung eines wahren und wirklichen Rechtes und eine actuelle Herrschaft für das bürgerliche Leben einräumt, da vielmehr jenem in der That nur die Bedeutung einer die absolute Wahrheit auf dem Gebiete des Rechten vertretenden Materie zukommt, deren alleinige und ausschließliche Bestimmung sein kann, durch rechtsconstituirende Form in wahres und wirkliches, somit in sogenanntes positives Recht verwandelt zu werden.

Uebereinstimmend hiermit ist sonach das positive Gesetz ein wahrer Stellvertreter, ein Ersatz des jus naturale, eine τῆς φύσεως ἀναπλήρωσις [619]), der bedingt wird dadurch, daß die Menschheit von dem anfänglichen Zustande primitiver Einfachheit der Verhältnisse sich entfernte, hiermit aber die gesellschaftlichen Verhältnisse eine complicirtere Gestaltung gewannen [620]). Wenn daher für die wirklichen Zustände des Verkehres und geselligen Lebens das jus naturale in der That nicht mehr allen Anforderungen genügen würde, so sind dennoch seine Grundprincipien ewig, unwandelbar, absolut wahr, daher der Legislation des Staates die Aufgabe zufällt, die Gesetze des jus naturale den Verhältnissen und Bedürfnissen des bürgerlichen Lebens anzupassen und so dieses Recht in practischer und detaillirender Ausführung und Verarbeitung einer realen und effectiven Herrschaft wieder entgegenzuführen. Das Gesetz aber, welchem diese Aufgabe zufällt, ist das jus civile: der νόμος im Gegensatze zur φύσις [621]), oder die γραπτοὶ νόμοι [622]), von Hermogenian. lib. 1. Epit (l. 94. pr. §. 1. D. de condit. 35, 1.) und, wie es scheint, auch von Diocletianus und Maximianus in fr. Vat. § 278. als jus constitutum bezeichnet.

Wenden wir uns endlich zu der Frage nach dem Rechtssubjecte dieses jus naturale, so tritt das Letztere durchgehends

---

619) Nov. 74. Epil., 89. Epil.

620) Vergl. namentl. Nov. 74. c. 1., 89. c. 1. pr., c. 9. pr.

621) Nov. 74. c. 2. §. 1., 84. Praef. pr.

622) Nov. 74. c. 1., 89. c. 1. pr., c. 9. pr.

nur in seinen Beziehungen zum Menschen und in seiner Anwendung auf dessen Verhältnisse zu Tage. Allein die Haltung von Nov. 12. c. 1. cit. und insbesondere die Worte:

ἀνθ' ὅτου γὰρ ἐξὸν γάμον ποιεῖν νεμομισμένον παρανόμων ἐρᾷ, πράττει δὲ ἀσεβῆ καὶ ἀνόσια, καὶ τοιαυτά γε ἐπιθυμεῖ, ὁποῖα πολλὰ καὶ τῶν ἀλόγων ἀποσείεται ζώων;

beweisen auf's Deutlichste, wie auch der gegenwärtigen Periode eine speculative Erweiterung der Fähigkeit für das jus naturale auf alle ζῶα nicht fern lag, namentlich wenn wir uns dem obigen Ausspruche gegenüber erinnern, zu welchen Consequenzen in Folge dieses Dogma von einem auch für das Thier verbindlichen jus naturale in der vorhergehenden Periode bereits Plinius in der Lehre von den Fleischesvergehen der Thiere gelangt war (vergl. §. 47. fin.)

Schließlich mag noch Erwähnung finden, wie am Eingange der gegenwärtigen Periode noch Hermogenianus in lib. 1. Epitomarum eine Theorie über das jus naturale gab, da, wie bereits Savigny, System Bd. 1., Beilage I. Note n. bemerkt, die von Hermogenian in jenem Werke gegebene Aufzählung der Institute des jus gentium (s. §. 100.) erkennen läßt, wie dem Letzteren nothwendig ein selbstständiges jus naturale mit besonderen Rechtsinstituten voraufgehen mußte; allein diese Lehre selbst des Hermogenian ist uns nicht überliefert.

§. 99.

Aequitas.

Gleich dem jus naturale so tritt auch die aequitas als der nämliche Begriff, den wir für die vergangenen Jahrhunderte feststellten, in das gegenwärtige Zeitalter ein: als Repräsentantin der an sich rein subjectiven, unabhängig von dem gegebenen Rechte bestehenden Rechtsanschauung. Allein die Veränderungen, die an ihr sich geltend machen, sind nicht minder bedeutsam, als bezüglich des jus naturale: denn es ist das Subject und der Träger der aequitas ein anderer geworden, und damit zugleich der Inhalt ihrer Postulate verwandelt, wie endlich auch jene bestimmte und bewußte Haltung entschwunden, welche wir als das characteristische Merkmal der aequitas der zweiten Periode hervorheben konnten.

Der wichtigste dieser drei Momente, welcher zugleich den übrigen beiden gegenüber als die wirkende Ursache sich verhält ist der erstgenannte: die aequitas fällt im Wesentlichen der kaiserlichen Rechtsbildung allein anheim und verliert somit ihren ursprünglichen Boden in der Volksanschauung, indem einestheils die Rechtsbildung dem unmittelbaren Einflusse der vulgären Rechtsideen sich entzieht und im Gefühle ihrer autokratischen Herrlichkeit in sich selbst den alleinigen Quell vollendeter Weisheit und Rechtswahrheit sucht; anderntheils aber auch der entnervten Nation überhaupt die Fähigkeit zur Production ureigener Rechtsidee gemangelt haben mag. Denn bei der Stumpfsinnigkeit des byzantinischen Volkes haben wir weder bestimmte leitende Grundideen in Gestalt von Postulaten der Billigkeit, noch überhaupt irgend welche ureigene und selbstständige schöpferische Rechtsanschauung zu erwarten, daher ein abstracter Gegensatz zwischen den Principien des gegebenen Rechtes und dem juristischen Bewußtsein der Nation nicht füglich aus dem Schooße des Volkes hervorgehen und als offener Conflict zu Tage treten konnte. Daher zieht sich die aequitas nunmehr auf die Rechtsbildung zurück und, indem sie so den kaiserlichen Constitutionen ausschließlich anheimfällt, verwandelt sie sich hiermit in die von dem gegebenen Rechte an sich unabhängige rechtliche Anschauung der Träger der Legislation jener Zeit. Diese rechtliche Anschauung selbst wird in den Quellen aequitas und humanitas [623]), ihr Gegensatz aber sowohl justitia [624]), wie subtilitas [625]), oder iniquitas bezeichnet; nicht minder wird ihr Po-

623) Wegen humanitas vergl die nachfolgenden Stellen und daneben §. 7. J. de legit. agn. 3, 2. §. 10. J. de grad. cogn. 3, 6. Nov. 89. Praef. u. a. m.

624) Justitia im Gegensatze zur aequitas findet sich außer in den nachfolgenden Stellen auch bei Gratianus, Valentianus et Valens in l. 15. C. Th. de accus. 9, 1. Honorius et Theodos. in Const. de convent. ann. in urbe Arelat. habend. ed. Hänel.

625) Subtilitas erscheint jedoch öfter auch ohne jene technische Beziehung zur aequitas; so bezeichnet bei Justinianus in l. 12. §. 1. C. de legg. 1, 14., sowie in l. 11. C. de natur. lib. 5, 27. subtilitas der Person die ungegründete Bedenklichkeit, die Pedanterie; in l. 1. §. 12. C. de vet. jur. enucl. 1, 17. titulorum subtilitas die genaue Angabe der Titel; in l. 31. §. 2. C. de jur. dot. 5, 12. wird die una coadunatio totius calculi als nimia subtilitas bezeichnet und dergl. m.

stulat als aequitas, aequum[626]), humanum, benignum[626a]), sowie dessen Gegensatz als jus, subtile, strictum jus[627]), wie als iniquum; ihr Princip als aequitatis ratio, wie als humanitas, ihr Gegensatz aber als juris ratio[628]), wie als rigor juris und subtilitas; endlich die Uebereinstimmung mit ihr ebenfalls als aequitas[629]) hingestellt.

Unter Berufung auf diese Titel reproducirt nun zunächst zum einen Theil die kaiserliche Legislation die Anschauung der vorigen Periode, sei es in rein rückblickender Erwähnung des historisch Gegebenen und Abgeschlossenen, insofern nämlich die aequitas bereits im vorhergegangenen Zeitraume ihre Postulate als Recht verwirklicht hatte; sei es als einer die Rechtsbildung dieser Zeit noch bestimmenden und leitenden Idee, insoweit nämlich, als die früheren Zeiten die Verwandlung der aequitas in Recht und die Beseitigung des derselben widerstrebenden Rechtssatzes durchzusetzen und zu vollenden nicht vermocht hatten, die Rechtsbildung dieser Periode aber in der von früher her vorgezeichneten Richtung sich fortbewegte.

So finden wir, wenn wir unserem Plane gemäß die Rechtsformationen selbst dieser Periode nicht weiter in Betracht ziehen, sondern nur die Stellen berücksichtigen, in denen wir eine Erwähnung der aequitas oder ihres Gegensatzes vorfinden, das erste Princip, der Berücksichtigung der auf die Blutsverwandtschaft und Ehe gestützten Verbindungen, hervorgehoben von

626) Aequum jus findet sich nur im Sinne von par jus bei Justinianus in l. 15. §. 1. C. de legit. hered. 6, 58.

626a) Benigne in diesem Sinne s. bei Leo et Anthemius in l. 5. C. de bon. quae lib. 6. 61. (s. §. 98.).

627) Strictum jus ohne jenen technischen Gegensatz zur aequitas findet sich im Sinne von strenges, unnachsichtliches Recht im Gegensatze zum mollis animus des judex bei Justinianus in l. 14. §. 1. C. de compens. 4. 31.; ähnlich strictum in l. 32. fin. C. de fideicomm. 6, 42.

628) Juris ratio im Gegensatze zur aequitatis ratio findet sich außer in den nachfolgenden Stellen auch bei Justinianus in Nov. 97. c. 1.: ὁ τῆς δικαιοσύνης τε καὶ ἰσότητος λόγος; ohne solchen Gegensatz aber bei Diocletianus et Maximianus in l. 16. C. de R. V. 3, 32., l. 2. C. p. soc. 4. 37., l. 5. C. de ord. cogn. 7. 19.

629) Aequitas in diesem Sinne findet sich außer in den nachfolgenden Stellen auch bei Diocletianus et Maximianus in l. 7. C. ad exhib. 3, 42.

Anastasius in l. 6. C. de nat. lib. 5, 27.:

Jubemus, eos, quibus nullis legitimis existentibus liberis in praesenti aliquae mulieres uxoris loco habentur, ex his sibi progenitos seu procreandos suos et in potestate legitimosque habere, propriasque substantias ad eos vel per ultimas voluntates, vel per donationes, seu alios legi cognitos titulos, si voluerint, transferre; ab intestato quoque ad eorum hereditatem vocandos, nec aliquas quaestiones seu altercationes exercendi sub qualibet astutia subtilique legum vel constitutionum occasione.

Justinianus in l. un. §. 7. C. de rei uxor. act. 5, 13.:

In tantum quidem maritus condemnetur, in quantum facere potest, quia hoc aequissimum est et reverentiae debitum maritali.

Vergl. auch Diocletianus et Maximianus in l. 14. C. de his qui accus 9, 1., Constantinus in l. 2. C. Th. de inoff. 2, 19., in fr. Vat. §. 248., Sulpit. Vict. I. O. p. 286. Capp.; Justinianus in l. un. §. 5. C. rei uxor. 5, 13. und in Nov. 74. c. 1. (s. §. 98.) in Verbindung mit §. 100. Vergl. auch §. 10. J. de grad. cogn. 3, 6.

Das zweite Princip, der Aufrechterhaltung derjenigen Verpflichtungen, die man im rechtlichen Verkehre durch Treu und Glauben geboten erachtete, tritt zu Tage bei

Diocletianus et Maximianus in l. 36. C. de transact. 2, 4.:

Si major annis viginti quinque transegisti, quamvis dari tibi placita repraesentata necdum probentur, nec offerant ii, qui conveniuntur, ne quid amplius ab his exigi possit, exceptionis proficit aequitas.

Valentinianus et Martinianus in l. 2. C. ne fisc. rem. 10, 5.:

Retractare fiscum, quod semel vendidit, aequitatis honestatisque ratio non patitur.

Das dritte Princip, der Zuertheilung und Aberkennung von Vortheil und Nachtheil nach dem durch die Verhältnisse gegebenen Maaßstabe von Angemessenheit findet Vertretung bei

Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus C. in l. 3. C. qui bon. ced. poss. 7, 71.:

Si pater tuus bonis cessit propter onera civilia, ipsius facultates oportet inquiri, non patrimonium, quod tibi eman-

cipato quaesitum dicis, inquietari. Quod ut fiat, implorare aequitatem Praesidis debes.

Diocletianus et Maximianus in l. 3. C. p. soc. 4, 37.:

Quum in societatis contractibus fides exuberet, conveniatque aequitatis rationibus, etiam compendia aequaliter inter socios dividi, etc.

Justinianus in Nov. XCVII. c. 1.:

Θεσπίζομεν ἴσας μὲν εἶναι τὰς ἐπιδόσεις, ἴσα δὲ τὰ μέτρα τῶν κερδῶν συμφωνεῖσθαι, ἵνα διὰ πάντων δικαιοσύνην τε καὶ ἰσότητα τιμήσωμεν. εἰ γάρ τις μᾶλλον θατέρου πλουτοίη, ἔξεστιν αὐτῷ δι' ἑτέρου τρόπου νομίμου καὶ ἐγνωσμένου τοῖς ἡμετέροις νόμοις φιλανθρωπεύεσθαι περὶ τὸν ἕτερον, ἀλλ' οὐ διὰ τῆς ἀνισότητος ὑποδυομένης ἰσότητα τὸ κέρδος μεῖζον θατέρῳ περιποιεῖν (sancimus ut aequales dentur dos et donatio propter nuptias, et de aequali lucrorum mensura pactum conventum fiat, ut per omnia justitiam et aequitatem colamus. Si quis enim altero ditior est, licet illi alio legitimo modo nostrisque legibus probato erga alterum liberalem esse, non autem per iniquitatem, quae aequitatem prae se fert, majus lucrum alteri acquirere);

ingleichen bei

Hermogenianus lib. 4. fideicomm. (l. 14. §. 5. D. ad S. C. Trebell. 36, 1.) und lib. 4. Epit. (l. 11. D. ut in poss. legat. 36, 4.).

Das vierte Princip findet in der Beziehung einer Prävalenz des Gedankens des Disponenten über den Wortsinn der Disposition Erwähnung bei

Justinianus in §. 3. J. de leg. 2, 20.:

Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem, necessarium esse duximus etc.

sowie in rein sachlicher Bezeichnung bei

Carus, Carinus et Numerianus in l. 16. C. de fideicomm. 6, 42.:

In fideicommissis voluntas magis, quam verba plerumque intuenda sunt.

Endlich das fünfte Princip, der Berücksichtigung der Individualität des concreten Verhältnisses tritt hervor bei

Diocletianus et Maximianus in l. 5. C. si alien. res pign. 8, 16.:

Quum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ejus esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoraticiae detur;

sowie in l. 8. C. ad exhib. 3, 42.:

Si vero nec civili nec honorario jure ad te hereditas ejus pertinet, intelligis, nullam te ex ejus pacto, contra quem supplices, actionem stricto jure habere; utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.

Der der vorigen Periode angehörige Begriff der aequitas kehrt endlich in allgemeiner Beziehung auch wieder in Stellen wie bei

Constantinus et Licinius in l. 8. C. de judic. 3, 1.:

Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque, quam stricti juris rationem[630]);

Constantinus in l. 3. C. Th. de legg. 1, 2.:

Ubi rigorem juris placare aut lenire specialiter exoramur, id observetur, ut rescripta ante edictum propositum impetrata suam habeant firmitatem, nec rescripto posteriore derogetur priori. Quae vero postea sunt elicita, nullum robur babeant, nisi consentanea sint legibus publicis; maxime cum inter aequitatem jusque interpositam interpretationem, nobis solis et oportet et licet inspicere.

Justinianus in l. un. §. 2. C. de rei uxor. act. 5, 13.:

Sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto jure esse vallatam et non ex bona fide descendere.

Neben dieser durch die rechtliche Anschauung der vorigen Periode bedingten Auffassung bekundet sich jedoch die aequitas des gegenwärtigen Zeitalters auch in ganz neuen, bisher noch nicht hervorgehobenen Punkten: es treten nunmehr auch die dem gegenwärtigen Zeitalter eigenen Rechtsideen, die in einem organischen Zusammenhange mit der Rechtsproduction selbst stehen, in ein-

630) Die aequitas der vorigen Perioden ist hier zur justitia geworden, und die justitia jener als reine stricti juris ratio verblieben.

zelnen Punkten schärfer und bestimmter, wie auch allgemeiner und in generelleren Postulaten zu Tage, so in den Sätzen:

Das vom Vater bei dessen Lebzeiten den Kindern in liberaler Weise Gegebene verbleibt den Letzteren auch nach dem Tode des Ersteren, bei:

Diocletianus et Constantius in fr. Vat. §. 281.:

Pater in filium, quem in potestate habet, conferens ipso jure donationem non facit; sed ex praeceptis statutorum recepta humanitate placuit, si in eodem judicio perseverans in fatum concesserit, liberalitatem ejus salva lege Falcidia probari;

Justinianus in l. 12. C. comm. utr. 3, 38. [aequitatis rationes] und l. un. §. 11. C. de rei ux. act. 5, 13.;

ferner in dem Satze, daß demjenigen, welcher bei processualischer Geltendmachung eines Rechtes eine affirmative Behauptung aufstellt, nicht aber dem Verpflichteten und Negirenden das onus probandi obliege, wie bei

Constantinus in l. 1. C. Th. de fid. test. 11, 39.:

Etsi veteris juris definitio et retro principum rescripta in judicio petitori ejus rei, quam petit, necessitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et justitia moti jubemus, ut, si quando talis emerserit caussa, in primordio, juxta regulam iuris, petitor debeat probare, unde res ad ipsum pertineat; sed si deficiat pars ejus in probationibus, tunc demum possessori necessitas imponatur probandi unde possideat;

Honorius et Theodosius in l. un. C. Th. de pec. sequ. proh. 2, 28.:

Quoties ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat: oportet enim debitorem primo couvinci et sic solutioni succumbere. Quam rem cum juris ratio, tum ipsa aequitas persuadet, ut probationes secum afferat debitoremque convincat pecuniam petiturus etc.

wozu vergl. Diocletianus et Maximianus in l. 10. C. de non num. pec. 4, 30. u. l. 23. C. de probat. 4, 19. (s. §. 98.) in Verbindung mit §. 100.;

sodann in der Tendenz einer Gleichstellung des weiblichen mit dem männlichen Geschlechte bezüglich des Erbrechtes bei

Justinianus in l. 4. C. de liber. praeter. 6, 28.:

Maximum vitium antiquae subtilitatis praesente lege corrigimus, quae putavit, alia esse jura observanda in successione

parentum, si ex testamento veniant, in masculis et alia in feminis;

und in l. 14. pr. C. de legit. hered. 6, 58. [subtilitas], wozu vergl. Nov. XVIII. c. 5. LXXXIX. c. 12, §. 5. (s. §. 98.) in Verbindung mit §. 100;

nicht minder in der Auffassung jeder gesetzlichen Form der Rechtsgeschäfte als subtilitas, wie bei

Justinianus in l. 31. C. de testam. 6, 23.:

Et ab antiquis legibus et a diversis retro principibus semper rusticitati consultum est, et in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa, quod ex ipsis rerum invenimus documentis. Quum enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta sit, homines rusticani et quibus non est litterarum peritia, quomodo possunt tantam legum subtilitatem custodire in ultimis suis voluntatibus. — Quod igitur quisque rusticus sic, ut praedictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omni modo, legum subtilitate remissa, firmum validumque consistat;

sowie in l. 32. C. de fideicomm. 6, 42.:

Quum enim res per testium solennitatem ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est.

Endlich in dem Principe der Uebertragung der Obligation auf die Erben, wie bei

Justinianus in l. 13. C. de contr. et committ. 8, 38.:

Veteris juris altercationes decidentes generaliter sancimus, omnem stipulationem sive in dando sine in faciendo, sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes, et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio sive non. Cur enim quod in principalibus personis justum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur? Et sic existimentur hujusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dando fuerint conceptae, quum nihilominus et heredes factum possint adimplere; illa subtili et supervacua scrupulositate explosa, per quam putabant, non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est. Et quare, quum paene similis omnium hominum natura est, non etiam facta omnes vel plus, vel paulo minus adimplere possint, ne ex hujusmodi subtilitate cadant hominum voluntates?

namentlich in Erwägung der Richtung, welche die Rechtsbildung in dieser Beziehung einschlug[361]).

Allein nicht minder häufig begegnen wir einem vollkommen vagen und unbestimmten Begriffe der aequitas, dem eine leitende Idee kaum zu Grunde liegen mag, wie bei

Diocletianus et Maximianus in fr. Vat. §. 292. [juris atque aequitatis ratio]; Honorius et Theodosius in l. 16. C. Th. de censit. 13, 11. [aequitatis ratio]; Leo et Anthemius in l. 32. C. de episc. 1, 3. [subtilitas juris]; Justinianus in l. 32. C. de fideic. 6, 42. [aequitatis ratio].

Oder die aequitas vertritt lediglich einen speciellen Satz, der in einem allgemeinen Rechtsprincipe nicht wurzelt, sondern lediglich als Ausdruck einer Sonderanschauung sich darstellt; so bei

Diocletianus et Maximianus in l. 14. C. de transact. 2, 4. [aequitatis ratio]; Aurelius in c. 1. C. Hermog. de jur. fisc. 3. [aequitatis ratio]; Constantinus in l. 1. C. Th. quemadm. num. 12, 5. [aequitatis ratio]; Julianus in l. 4. C. Th. de medic. 13, 3. [ratio aequitatis]; Arcadius et Honorius in l. 5. pr. C. Th. de metat. 7, 8. [iniquitas —, aequitas atque justitia]; Leo et Anthemius in l. 5. C. de bon. quae liber. 6, 61.; Justinianus in l. 13. §. 7. C. de judic. 3, 1. [aequitatis ratio] und in l. 19. C. de fid. instrum. 4, 21. [ratio aequitatis].

Mit diesem Herabsteigen der aequitas aus dem Gebiete der allgemeinen Vorstellung und des generellen Principes auf den Standpunkt der concreten Anschauung und der sich vereinzelnden und speciellen Regel steht aber gleichzeitig in innigster Verbindung das Verhalten der Rechtsbildung dieser Periode gegen das von Alters überlieferte Recht: die dem Letzteren angehörigen Rechtssätze, welche als Consequenzen aus höheren Dogmen sich ergeben, in denen die frühere Zeit leitende Principien anerkannte, werden als müßige Subtilität verworfen, ohne daß man zu einem wahren Verständnisse jener Sätze gelangte und deren allgemeine Beziehungen zu würdigen, wie deren historischen Grundlagen und Voraussetzungen zu erkennen vermocht hätte. Namentlich Justinian, berauscht von dem Weihrauche, den er selbst,

361) Vergl. Schilling, Inst. §. 260. fin.

wie seine Zeit, in reicher Freigebigkeit seinen wahrhaften legislatorischen Verdiensten spendete, erhöht mehrfach durch eine selbstgefällige Hervorhebung der contrastirenden subtilitas des Alterthumes den Glanz seiner eigenen Rechtsschöpfungen, so namentlich in l. 2. §. 1. C. de constit. pec. 4, 18.; l. 30. C. de. jur. dot. 5, 12.; l. 1. C. comm. de leg. 6, 43.; l. 15. §. 1. C. de legit. her. 6, 58.; l. un. C. de nud. jur. Quir. 7, 25.

In der Gesammtheit dieses von uns dargelegten Materiales offenbart sich aber zugleich das Dritte der im Eingange des gegenwärtigen Paragraphen hervorgehobenen characteristischen Merkmale der aequitas dieser dritten Periode: die aequitas verliert in dem gegenwärtigen Zeitraume das bestimmte Bewußtsein, welches sie während der früheren Perioden auszeichnete, und nimmt theils eine vollkommen vage und unbestimmte Beziehung an, theils fällt sie in zahlreiche einzelne Punkte auseinander, die nicht mehr durch gemeinsame leitende Grundideen verbunden erscheinen; theils endlich tritt sie zwar in einzelnen bestimmten und weitergreifenden Principien zu Tage, allein hier wiederum nur in der Modalität, daß deren Vertretung lediglich eine mehr vereinzelte und sporadische ist, welche weit entfernt ist von jener Geschlossenheit, zu welcher durch eine vielseitige und häufig wiederkehrende Verfolgung der gemeinsamen leitenden Ideen die Juristen der vorigen Periode verbunden erscheinen. Die Gründe aber jener Erscheinungen sind darin zu suchen, daß zunächst die successive, wie simultane Allgemeinheit in Vertretung der nämlichen leitenden Rechtsprincipien mangelt, welche während der früheren Perioden den Ideengang der Rechtsbildung trotz der großen Zahl ihrer Träger in jedem einzelnen ihrer Organe, wie auch während des Verlaufes mehrerer Jahrhunderte in allen einzelnen Zeittheilen bestimmen, da vielmehr in der gegenwärtigen Periode eine Verschiedenheit der maaßgebenden Grundideen, wie eine Unstetigkeit und ein Schwanken in denselben zu Tage tritt. Sodann ist aber auch ein weiterer mitwirkender Grund jener Erscheinungen darin zu erblicken, daß der Rechtsbildung dieser Periode jene Energie und Consequenz in dem Streben auf Realisirung der einmal zur Herrschaft in der Anschauung berufenen allgemeinen leitenden Principien mangelt, in Folge deren während der früheren Perioden die betreffenden Principien als

die elementären Basen erscheinen, die den Rechtsbildungsproceß in allen seinen Phasen, wie nach allen Richtungen hin unwandelbar bestimmen und regeln, da vielmehr in dem gegenwärtigen Zeitraume der Gegensatz von aequitas und jus entweder nur in concreter und gelegentlicher Anschauung als ein besonderer, in einem isolirten Punkte und als vereinzelter Gedanke in das Bewußtsein tritt, oder aber, insoweit jener Gegensatz in einem Widerstreite der Principien selbst erkannt wird, doch nur in einem einzelnen, der Anschauung jeweilig sich darbietenden Punkte auf die Rechtsbildung bestimmend einwirkt.

§. 100.

Verhältniß zwischen jus naturale und aequum. Jus gentium.

Bezüglich des Verhältnisses zwischen jus naturale und aequum pflanzt sich auf das gegenwärtige Zeitalter unverändert jene Anschauung fort, welche wir in der vorigen Periode von Paulus zum Systeme verarbeitet und theoretisch ausgesprochen, von der Mehrzahl der römischen Juristen aber vielfach in einzelnen Punkten kundgegeben und in practischer Anwendung durchgeführt fanden, die Annahme nämlich einer Identität der Gebote des jus naturale und der aequitas. Diese Auffassung selbst aber tritt in mehrfacher Modalität zu Tage, und zwar zunächst in der Weise, daß das aequum im Allgemeinen als Product der natura oder naturalis ratio hingestellt wird. Zeugnisse hierfür bieten nun zwar die juristischen Quellen dieser Periode um so weniger dar, als derartige theoretische Aussprüche der kaiserlichen Rechtsbildung im Allgemeinen fern lagen; wohl aber finden wir dergleichen bei Servius in Aen. II, 426:

> Justum secundum leges aliqua ratione constructum (Burm. constrictum), aequum juxta naturam accipiunt;

sowie Boëth. ad Cic. Top. 5, 28. p. 321. Or.:

> Aequitas est quod naturalis ratio persuasit.

Immerhin aber offenbart sich in den der kaiserlichen Rechtsbildung anheimfallenden Stellen jene Uebereinstimmung nicht allein darin, daß die nämlichen Principien, welche der aequitas überwiesen werden, zugleich auch in dem jus naturale wiederkehren, wofür die betreffenden Belege bereits in §. 99. von uns auf-

geführt sind, sondern namentlich auch darin, daß in ein und derselben Constitution der nämliche Satz zugleich auf das jus naturale und die aequitas zurückgeführt wird, wofür Belege bieten:

Leo et Anthemius in l. 5. C. de bon. quae lib. 6, 61.:

Quia consequens est, ambiguas — — causas benigne atque naturalis juris moderamine temperare, non piget nos in praesente quoque negotio — — aequitati convenientem — opinionem sequi;

sowie Justinianus in l. 30. C. de jur. dot. 5, 12., l. 14. pr. C. de legit. hered. 6, 58., l. 13. C. de contr. et comm. 8, 38. (s. §. 99.), wie in mehr allgemeiner Haltung in l. un. C. rei uxor. 5, 13.

So nun dürfen wir dem gegenwärtigen Zeitalter die gleiche Auffassung der Stellung der aequitas zum jus naturale beilegen, welche wir bereits für die vorige Periode anerkannten: die aequitas erscheint als die aus dem Inneren des Menschen hervortretende, die Lebensverhältnisse regelnde Norm, und entspricht zugleich in ihren Anforderungen denjenigen Gesetzen, welche die der natura rerum inliegende ratio offenbart, daher das Product der Letzteren, das jus naturale, zugleich als Gebot der aequitas, als aequum, sich darstellt.

Nach Feststellung dieses Verhältnisses bleibt nun allein die Frage noch zu erledigen, welche Gestaltung die Lehre vom jus gentium in der gegenwärtigen Periode gewann, und indem wir diesem letzten Punkte unserer Aufgabe uns zuwenden, so begegnen wir am Eingange dieser Periode einer theoretischen Darstellung jener Lehre bei Hermogenianus lib. 1. Epit., deren Spuren wir in l. 5. D. de J. et J. 1, 1. vorfinden in den Worten:

Ex hoc jure gentium introducta bella, discretae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae, exceptae quibusdam, quae jure civili introducta sunt;

während Serv. in Aen. I, 540. den Satz uns überliefert:

Occupantis est enim possessio litoris. Litus enim jure gentium commune omnibus fuit et occupantis solebat ejus esse possessio.

Wenn nun diese allerdings höchst dürftigen Zeugnisse doch immerhin zu der Annahme berechtigen, daß die Theorie der vergangenen Periode auch in dem gegenwärtigen Zeitalter noch in der Erinnerung fortlebte, so finden wir doch andrerseits, daß die kaiserliche Rechtsbildung selbst das jus gentium vollständig mit Stillschweigen übergeht, ja ganz unzweideutig sogar von der Theorie der vorhergehenden Periode sich lossagt. Denn nicht allein, daß die Constitutionen der Kaiser meines Wissens nirgends den Begriff des jus gentium auch nur andeuten, so machen wir vielmehr die Wahrnehmung, wie ganz im Gegentheil die Legislation es geflissentlich vermeidet, jenen Begriff in den Kreis ihres Gedankenganges hereinzuziehen, indem bei allen denjenigen Erörterungen, wo die Juristen der früheren Zeiten es nie unterließen, auf das jus gentium sich zu berufen, die Kaiser vollständig von einer entsprechenden Deduction sich fern halten, eine Thatsache die namentlich in Justinian's Nov. 74. c. 1., 89. c. 1. pr., c. 9. pr. (s §. 98.) ganz unverholen zu Tage tritt, indem Justinian in diesen Constitutionen den Lehrsatz einer ursprünglichen und für Alle gleichen Freiheit wiederholt, die Entstehung der Sclaverei aber lediglich den hostes und dem Kriege überweist, ohne dabei, wie dies durch die Tradition der zweiten Periode nahe gelegt war, des jus gentium als des die Sclaverei begründenden Rechtes zu gedenken.

Diese Thatsache haben wir in ganz natürlicher und einfacher Weise daraus zu erklären, daß das jus gentium in der von Alters her überlieferten, durch historische Rechtsbildung gegebenen Wesenbestimmung eines jus commune omnium hominum, somit das allein practisch wirksame und folgenreiche, empirische und positive jus gentium für die gegenwärtige Periode in Folge der eingetretenen Veränderungen der bezüglichen Verhältnisse seine unmittelbare und wirkliche Bedeutung fast vollständig verloren hatte und in Folge dessen für seine Erwähnung in den kaiserlichen Constitutionen keine Veranlassung sich bot, der speculative Begriff des jus gentium aber neben oder in der Lehre vom jus naturale nicht allein vollkommen überflüssig und entbehrlich war, sondern auch in Folge der mannichfachen, offen zu Tage tretenden Irrthümer, Willführlichkeiten und Inconsequenzen, deren die vorhergehende Periode bezüglich seiner sich schuldig gemacht

hatte, als eine Quelle der offenbarsten Begriffsverwirrung sich darstellen, in Folge dessen aber auch planmäßig von der Lehre vom jus naturale fern gehalten werden mußte.

Die Erkenntniß dieser Thatsache bietet uns zugleich die Erklärung der in §. 98. hervorgehobenen Erscheinung, daß, trotzdem wir dem gegenwärtigen Zeitalter keineswegs eine höhere Befähigung zu logischer, wie metaphysischer Analyse oder ein vollkommneres Bewußtsein der Vorstellungen, wie höhere Klarheit und Deutlichkeit der Begriffe zusprechen können, dennoch dasselbe dahin gelangte, den Begriff des jus naturale in seiner ungetrübten Reinheit zu erfassen und namentlich von dem alle weiteren Verirrungen nothwendig resultirenden Bestreben sich fern zu halten, dem jus naturale eine unmittelbare practische Bedeutung für den rechtlichen Verkehr abzugewinnen, und eine thatsächliche und wirkliche bindende Kraft für die bürgerliche Gesellschaft zu erringen.

So nun gewinnen wir als Resultat unserer Betrachtung der rechtsbildenden Thätigkeit der gegenwärtigen Periode, wie solche in den Constitutionen der Kaiser sich offenbart: daß die juristische Anschauung dieses Zeitalters aequitas und jus naturale in deren Postulaten zusammenfallen und in dieser Uebereinstimmung in mannichfachen Erscheinungsformen zu Tage treten läßt, daß dagegen das jus gentium vollständig aus der Reihe der maaßgebenden Lehrbegriffe heraustritt, — eine Thatsache, welche von hoher Wichtigkeit für die richtige Beurtheilung der Institutionen und Digesten Justinian's anzusehen ist.

§. 101.

B. Institutionen und Digesten Justinian's.

Indem wir die Gestaltung der von uns erörterten Lehren in den Institutionen und Digesten in's Auge fassen und hier eine Reproduction des jus naturale, aequum et bonum und jus gentium vorfinden, welche dadurch vermittelt wird, daß unter Compilation der Quellen der vorhergehenden Periode die Aussprüche eines Gajus, wie Ulpianus, eines Marcianus, wie Paulus aneinandergefügt, gleichzeitig jedoch auch wiederum dadurch innerlich verbunden und transsubstantiirt werden, daß

die betreffenden Excerpte nicht mehr durch die theilweis völlig divergirenden leitenden Ideen ihrer Urheber, sondern von dem Gedanken und der Anschauungsweise Justinian's [632]), in Wahrheit aber des Tribonian und seiner Mitarbeiter beherrscht erscheinen, so haben wir, bevor wir auf die Untersuchung im Einzelnen eingehen, als einen Moment, welcher bei der Orientirung von Wichtigkeit ist, hervorzuheben, wie im Allgemeinen jede Compilation, namentlich aber von dem Umfange der Institutionen und Digesten, der naheliegenden Gefahr entgegenzustreben hat, daß die eigene leitende Idee des Compilator inmitten des wechselnden Stromes fremder Gedanken, die vor dem geistigen Auge in rascher Folge vorübergleiten, fortgetrieben werde nach der Richtung, welche der jeweilig angeschaute fremde Ideengang nimmt. Diese Erwägung führt zwar bereits a priori zu der Voraussetzung, daß wir in Bezug auf unsere Lehren im Einzelnen mancherlei Unklarheiten und Unebenheiten vorfinden werden; allein immer lehrt eine Prüfung der Theorie der Digesten und Institutionen, daß wir den Vorwurf als ungegründet zurückzuweisen haben, welchen Savigny, System I. p. 419. gegen Tribonian und Genossen ausspricht, daß nämlich das Verfahren derselben bei Abfassung der Institutionen (in ähnlicher Weise jedoch auch bei Abfassung der Digesten) bezüglich der Lehre vom jus gentium und jus naturale ein völlig gedankenloses gewesen sei.

Indem wir uns nun zunächst zur Lehre vom jus gentium und jus naturale wenden, so wird dieses Gebiet beherrscht von einem dreifältigen Eintheilungsgrunde: 1. der maaßgebenden Qualität des Subjectes, auf welcher die Herrschaft des Rechtes über dasselbe beruht; 2. der nationalen Gültigkeit des Rechtes; 3. der materialen Quelle des Letzteren. Auf diese drei verschiedenen Eintheilungsgründe werden nun zwei Classificationen des Rechtes gestützt in der Weise, daß nach Maaßgabe des ersten derselben die eine Classification gebildet wird, die beiden letzten dagegen als coincidirend vorausgesetzt, somit selbst verbunden und demgemäß der zweiten Classification gleichmäßig unterbreitet werden. Auf diese beiden Eintheilungen stützt sich

632) Vergl. Const. Δέδωκεν §. 10.

sodann die Theorie der fraglichen beiden Lehren in den Digesten sowohl, wie in den Institutionen; allein in der Ausführung dieser Theorie waltet wieder der Unterschied ob, daß nur in den Digesten jene beiden Eintheilungen gesondert und selbstständig neben einander vorgetragen, in den Institutionen dagegen Beide wiederum äußerlich verbunden und zusammengezogen werden.

Zunächst nun wenden wir uns zur Darstellung unserer Lehre in den Digesten, in denen die einschlagende Theorie in tit. de just. et jur. 1, 1. gegeben ist, und zwar zuvörderst

A. zur Ersten jener beiden Classificationen, welche in l. 1. §. 2. — l. 8. sich vorfindet und folgendermaaßen lautet: das jus privatum besteht aus praecepta, welche theils naturalia, theils gentium, theils civilia sind. Das Gebot der Ersten heißt jus naturale und characterisirt sich als Recht, quod natura omnia animalia docuit; das Gebot der Anderen heißt jus gentium und erscheint als Recht. quo gentes humanae utuntur; die Vorschrift der praecepta civilia endlich ergiebt das jus civile, welches ein jus proprium, nämlich civitatis ist [633]. Diese Eintheilung ist sonach ganz offenbar bestimmt durch den oben angegebenen ersten **Eintheilungsgrund: der maaßgebenden Qualität des Subjectes, auf welche die Herrschaft des Rechtes über dasselbe sich stützt,** und weist somit hin auf die Begriffsreihe von animalia, gentes humanae und civitas, oder vielmehr von animal, homo und civis. Demnach beherrscht das jus naturale das Rechtssubject in seiner Eigenschaft als animal d. i. als beseeltes Wesen, daher ebensowohl den Menschen (das humanum genus), wie das Thier (cetera quoque animalia, feras etiam, l. 1. §. 3. D. h. t.), und hierin allein liegt das durch den Eintheilungsgrund wesentlich bedingte Merkmal des Begriffes von jus naturale, während dessen Gebotensein durch die natura lediglich als erklärender Zusatz sich verhält.

Das jus gentium sodann beherrscht das Rechtssubject in seiner Eigenschaft als homo, daher es auch den civis seiner Satzung unterordnet. Indem nun dieses Recht vornämlich in seinem Verschiedensein vom jus naturale besonders aufgefaßt wird,

---

633) l. 1. §. 2. — 4. l. 6. §. 1. D. h. t.

so wird es demgemäß theils als jus humani generis proprium (l. 1. §. 3. D. h. t.) oder als solis hominibus inter se commune (l. 1. §. 4. D. h. t.) besonders hervorgehoben, während das jus naturale als jus omnibus animalibus commune ihm gegenübergestellt wird (l. 1. §. 3. 4. D. h. t.), theils wird auch darauf hingewiesen, daß und in Folge welchen Umstandes dem jus gentium ein von dem jus naturale verschiedener Inhalt zukömmt (l. 1. §. 4. D. h. t.: quod a naturali recedere inde facile intelligere licet). Dagegen eine gleichmäßige besondere Gegenüberstellung des jus gentium zum jus civile ist nicht gegeben.

Endlich das jus civile erscheint als Recht, welches seine Herrschaft über das Subject auf dessen Eigenschaft als civis stützt. Dieses Recht wird wiederum in seinem Gegensatze zum jus naturale sowohl, wie zum jus gentium besonders in's Auge gefaßt, und hierauf beruht theils die Bezeichnung jus proprium, theils die ganz willführliche Begriffsbildung des Gegensatzes jus commune, als Inbegriffes des jus naturale und jus gentium, theils endlich die Berücksichtigung des Verhaltens der Satzungen des jus civile zu den Geboten dieses jus commune (l. 6. pr. D. h. t.: nec in totum recedit, nec per omnia servit).

B. Die zweite Classification, welche in l. 9. D. h. t. sich vorfindet, geht aus ebensowohl von dem Gesichtspunkte der comparativen Jurisprudenz, wonach das Recht in ein national-universelles und in ein national-particuläres zerfällt, wie gleichzeitig auch von der Betrachtung der materialen Quelle des Rechtes, wonach der eine Theil des Letzteren auf die naturalis ratio, der andere Theil desselben aber auf die stoffbildende Thätigkeit des betreffenden populus, oder auch, wie weiterhin in verschiedenen Stellen der Digesten gesagt wird, auf die civilis ratio zurückgeführt wird. So nun gewinnt Tribonian als die Glieder dieser combinirten Eintheilung einerseits das jus civile, welches ebensowohl ein jus proprium cujusque civitatis, wie ein jus quod quisque populus ipse sibi (oder quod civilis ratio inter cives cujusque civitatis) constituit, wie andrerseits das jus gentium, welches ebensowohl ein jus ist, quod apud omnes (gentes) custoditur [oder ein jus commune omnium hominum, oder ein jus quo omnes gentes utuntur], wie ein jus quod naturalis

ratio inter omnes homines constituit. Mit Rücksicht auf dieses Hervorgehen aus der naturalis ratio wird nun dieses jus gentium in verschiedenen Stellen der Digesten auch jus naturale genannt [634]).

Sonach beruht die Theorie Tribonian's vom jus naturale, jus gentium und jus civile auf jener doppelten Classification, welche wir unter A. und B. hinstellten, und diese Wahrnehmung wird gegen Zweifel gesichert ebensowohl durch eine unbefangene Betrachtung des ersten Titels der Digesten, wie namentlich auch durch die entsprechende Haltung jener Lehren bei Theophilus, auf dessen hohe Wichtigkeit für die Beurtheilung der Institutionen und Digesten wir bereits hinwiesen.

Beide Classificationen sind nun zunächst verschieden in Folge des verschiedenen Eintheilungsgrundes, der, wie dies unsere obige Darstellung ergiebt, je bei beiden maaßgebend ist. Allein daneben erscheinen Beide auch insofern verschieden, als der Begriff selbst von jus, dessen Umfang determinirt werden sollte, von Vorn herein als ein verschiedener von Tribonian statuirt worden zu sein scheint. Denn da die Classification unter B. das jus in's Auge faßt, quo populi utuntur (l. 9. D. h. t.), die Classification unter A. dagegen das jus, welches ist die ars boni et aequi (l. 1. pr. D. h. t.) und welches der vera philosophia überwiesen wird (l. 1. §. 1. D. h. t.), so wird hiermit die Annahme gerechtfertigt, daß die Eintheilung unter B. das empirische und positive, somit das wahre und wirkliche Recht determiniren soll, dagegen die Classification unter A. die Sphäre des philosophischen Rechtsbegriffes, d. i. das durch die Speculation gegebene, an sich nur in potentia gültige jus, somit jenes jus, welches von uns gar nicht als wahres Recht, sondern lediglich als Stoff für künftige Rechtsbildung anerkannt wird. Dieser Annahme steht nun allerdings entgegen, daß Tribonian jene Scheidung von empirischem und speculativem jus weder bei Anwendung seiner Theorie im Einzelnen, noch auch (worauf weiter unten noch besonders zurückzukommen sein wird) bei den in Frage stehenden beiden Classificationen selbst streng festgehalten und consequent berücksichtigt hat. Allein dennoch legen wir dieser Erscheinung

634) Die Belege siehe Note 436—439.

nicht das Gewicht bei, unsere obige Voraussetzung von der Annahme eines zwiefachen Rechtsbegriffes Seitens Tribonian's zu entkräften, indem wir vielmehr von der Ansicht ausgehen, daß Tribonian bei jenem inconsequenten Aufgeben der vorausgesetzten Distinction durch den Gedankengang der von ihm compilirten Quellen bestimmt worden und so der Herrschaft einer Ideenrichtung unterlegen sei, welche mit seiner eigenen Anschauung keineswegs in vollkommener Uebereinstimmung stand. Sehen wir selbst nun von der dem Tribonian beigemessenen Distinction eines empirischen und speculativen jus mit der von jenem beliebten Willkühr wiederum ab, so gewinnen wir, sobald wir die Eintheilungsglieder jener beiden Classificationen mit Rücksicht auf ihren Umfang vergleichend neben einander stellen, das Resultat, daß das jus civile beider Eintheilungen die nämliche und gleiche Sphäre umfaßt, dagegen das jus gentium oder jus naturale der Eintheilung unter B. das jus gentium und jus naturale der Eintheilung sub A. unter sich begreift.

Indem wir uns hiernächst zur Theorie der Institutionen wenden, welche sich in pr. — §. 2. J. de jur. nat. 1, 2. in Verbindung mit §. 4. J. de J. et J. 1, 1. vorgetragen findet, so wird hier ebenfalls alles jus auf die praecepta naturalia, gentium und civilia zurückgeführt; sodann wird das jus naturale als jus quod natura omnia animalia docuit, characterisirt, das jus gentium aber theils als jus commune omnium hominum (oder als jus quod apud omnes populos peraeque custoditur, oder quo omnes gentes utuntur), theils als jus quod naturalis ratio inter omnes homines constituit; endlich das jus civile theils als jus civitatis proprium, theils als jus quod quisque populus ipse sibi constituit. In dieser Classification ist nun der der Eintheilung unter A. angehörige Begriff des jus gentium ausgelassen und statt seiner das der Eintheilung unter B. angehörige jus gentium, welches auch in den Institutionen als ein aus der naturalis ratio hervorgegangenes Recht jus naturale genannt wird[635]), eingefügt worden, dem entsprechend auch das jus civile diejenige Charakterisirung erhalten hat, welche ihm in der Eintheilung

635) So insbesondere §. 41. J. de R. D. 2, 1.: jure gentium i. e. jure naturali; §. 11. J. eod.: jure naturali, quod — — appellatur jus gentium.

unter B. gegeben war. Diese Ordnung der Begriffe beruht sonach darauf, daß die beiden verschiedenen Eintheilungen, welche in den Digesten selbstständig gegeben und ausgeführt erscheinen, in den Institutionen zu einer einigen Classification zusammengefügt sind, — ein Verfahren, welches als willführlich und unstatthaft sich darstellt und welches lediglich daraus zu erklären ist, daß bei Abfassung der Institutionen allenthalben das Streben nach Kürze und Einfachheit in Behandlung des Stoffes maaßgebend war, eine sehr üble Anwendung dieses leitenden Grundsatzes aber zu der angegebenen Combination führte.

Wenden wir uns zur Beurtheilung dieser in den Digesten und Institutionen an die Spitze gestellten Theorien und zur Darlegung der denselben zur Last fallenden Fehler, so betreffen die Letzteren theils die Theorie der Institutionen in gleicher Maaße, wie der Digesten, theils sind sie den Institutionen eigenthümlich, indem sie lediglich durch die nur angegebene Combination bedingt sind. Zunächst die Letzteren in's Auge fassend, so haben wir vor Allem hervorzuheben, wie in den Institutionen jene in den Digesten wahrzunehmende Unterscheidung des zu determinirenden Begriffes in ein speculatives und empirisches jus wieder aufgegeben ist. Allein hierüber trifft die Theorie der Institutionen noch der Vorwurf, daß bezüglich des jus naturale der Gesichtspunkt der comparativen Jurisprudenz, der bei der Wesenbestimmung des jus gentium und jus civile maaßgebend ist, nicht festgehalten wird, vielmehr gänzlich aufgegeben ist; daß sodann eine Verschiedenheit der natura, aus der das allen animalia gemeine jus naturale hervorgeht, von der naturalis ratio, als der Quelle des jus gentium, nicht ersichtlich ist; sowie daß endlich jenes jus naturale und dieses jus gentium keineswegs einander ausschließen, indem vielmehr das Letztere das Erstere bereits unter sich begreift.

Somit erscheint diese in den Institutionen gewählte Combination der fraglichen beiden Classificationen als willführlich und fehlerhaft, und das darin zu Tage tretende Streben nach Kürze höchst unglücklich verwirklicht. Sehen wir indeß ab von dieser Combination, so leiden auch die beiden Classificationen an sich an mehrfachen Mängeln, die auf zwei Grundfehler sich zurück-

führen lassen, Fehler, in denen selbst wiederum wir zugleich die Mittelglieder für jene irrige Combination der Institutionen erkennen, insofern diese Letztere gar nicht unternommen werden konnte, sobald jene beiden Fehler nicht bereits gegeben waren und sich geltend machten. Diese Fehler bestehen aber darin, daß einestheils gleichlautende Bezeichnungen für verschiedene Begriffe gewählt wurden: zunächst der Ausdruck jus gentium, sowie weiterhin auch die Bezeichnung jus naturale; anderntheils aber namentlich darin, daß Speculation und Empirie wahrheitswidrig mit einander verbunden und regellos vermischt werden, indem in beiden Classificationen unter jus ebensowohl das durch die Speculation gegebene Recht: somit die reine Rechtsmaterie, die lediglich in potentia gültige Norm, als auch das auf Empirie beruhende Recht: das wahre und wirkliche, actuell gültige Recht verstanden wird. Zwar erkannten wir, was diesen letzteren Punkt betrifft, im Obigen an, daß diese Scheidung des philosophischen und positiven Rechtes von Tribonian mit Rücksicht auf die fraglichen beiden Classificationen von Vorn herein statuirt worden sei; allein unter dem Einflusse der Quellen, denen jene Classificationen nachgebildet wurden, geschah es, daß jene Scheidung der Begriffe und die dadurch gegebene Gränzlinie im Einzelnen nicht festgehalten, vielmehr die Reinheit der Eintheilung durch Vermischung jener beiden Begriffe in den Eintheilungsgliedern selbst wieder aufgehoben und gestört wurde. Diese Begriffsverwirrung äußert sich aber in der doppelten Weise, daß zunächst in der Eintheilung unter A. ein empirisches Element dem jus gentium und jus civile beigemischt wird, was namentlich darin zu Tage tritt, daß ein Widerspruch des jus gentium mit dem jus naturale (l. 4. D. h. t.) und ein Widerspruch des jus civile mit Beiden (l. 6. D. h. t.) zugelassen wird, während die Speculation an sich nothwendig eine einfache Fremdartigkeit der Satzungen dieser drei Rechte statuiren mußte, und weder eine Gleichheit, noch einen Widerspruch ihrer Gebote anerkennen durfte. Sodann bezüglich der Eintheilung unter B. äußert sich jene Begriffsverwirrung darin, daß in der Aufnahme des Eintheilungsgrundes der materialen Quelle des Rechtes ein rein speculativer Gesichtspunkt als maaßgebend anerkannt und festgehalten wird. Da indeß bereits durch diese Duplicität des Ein-

theilungsgrundes selbst die Verbindung jenes doppelten Elementes für diese Classification gegeben ist, so würde auch, sobald man sich nur bescheidet, daß diese Eintheilung eben jenem doppelten Gebiete der Speculation und Empirie angehöre, die Verbindung dieser beiden Elemente einen weiteren Vorwurf nicht finden können, wenn nicht jene Verbindung an sich schon eine wahrheitswidrige wäre. Denn das Zusammentreffen der nationalen Gemeingültigkeit des Rechtes und seines Hervorgehens aus der naturalis ratio waltet in Wirklichkeit nicht durchgreifend und ausnahmelos ob, vielmehr ist ein Auseinanderfallen beider Merkmale in einzelnen Normen dadurch mit innerer Nothwendigkeit bedingt, daß die Rechtsbildung der verschiedenen Nationen mit den Anforderungen der Rechtsanschauung der Träger jener Theorie nicht vollständigst harmonirte. Demgemäß sehen wir auch in der That den hierdurch bedingten Widerspruch mit jener Theorie in den Digesten sowohl, wie in den Institutionen hervortreten, insofern in der Anwendung jener Begriffe mitunter eine andere Ansicht sich geltend macht, als die obige Theorie erfordert, somit aber die wissenschaftliche Ausführung im Einzelnen mehrfach von jener Theorie abweicht.

Die Fälle solchen Widerspruches lassen sich auf zwei verschiedene Classen zurückführen, insofern nämlich jenes inconsequente Aufgeben der Theorie theils darin zu Tage tritt, daß die Uebereinstimmung von jus gentium oder jus naturale mit dem jus civile in Einer Norm anerkannt, theils darin, daß ein Widerspruch des jus gentium mit sich selbst zugelassen wird. Denn die Uebereinstimmung von jus gentium oder jus naturale mit dem jus civile in Einer Norm ist durch die obige Theorie schlechthin ausgeschlossen, weil die Satzung, die von allen Völkern gemeinsam anerkannt wird, nicht zugleich einem einzelnen Staate besonders und eigenthümlich sein kann, während gleichwohl die Uebereinstimmung der naturalis und civilis ratio in l. 39. D. de neg. gest. 3, 5. pr. J. de nupt. 1, 10. §. 2. J. de usufr. 2, 4. §. 4. J. de interd. 4, 15. und die Uebereinstimmung von jus naturale und civile in l. 2. D. de superf. 43, 18., l. 4. §. 2. D. de grad. 38, 10. §. 14. J. de hered. quae ab int. 3, 1. statuirt wird. Hier hört dann das Merkmal der Nationabilität des Rechtes auf, dem jus gentium oder jus naturale ausschließlich sich zu

attribuiren, vielmehr characterisirt dasselbe nunmehr auch eine Rechtsnorm, welche nicht national gemeingültig ist, somit auch nicht dem in der obigen Theorie aufgestellten Begriffe des jus gentium oder jus naturale sich unterordnet. Indem jedoch trotz dem solche Norm einem jus naturale überwiesen wird, so hört hierin sogar die in thesi festgestellte Congruenz der beiden Begriffe von jus gentium und jus naturale (als dem allen Menschen gemeinsamen Rechte) auf und es tritt nunmehr neben jenes Recht, welches zugleich jus gentium und jus naturale ist, ein selbstständiger Begriff eines auf die naturalis ratio gestützten jus turale, ohne daß für denselben irgend welcher Raum in der Theorie gegeben wäre.

Dagegen ein Widerspruch des jus gentium oder jus naturale mit sich selbst ist zunächst schon dadurch gegeben, daß dasselbe das jus gentium und jus naturale der Eintheilung unter A., somit das humani generis proprium und das jus omnibus animalibus commune gemeinsam unter sich begreift, zwischen diesen beiden Rechten aber ein Widerspruch anerkannt wird, der darauf beruht, daß das Erstere von Beiden diesfalls als ein actuell, das Letztere als ein potentiell gültiges Recht aufgefaßt wird, wie dies z. B. in l. 4. D. h. t., l. 64. D. de cond. ind. 12, 6., §. 2. J. h. t., pr. J. de libert. 1, 5.[636]) zu Tage tritt.

Sodann ein weiterer Punkt solchen Widerspruches beruht darin, daß dem jus gentium oder jus naturale Institute überwiesen werden, welche national gemeingültig sind, wie die Sclaverei nach l. 4. l. 64. D. cit., §. 2. u. pr. J. cit., die occupatio hostilis des Sclaven nach l. 5. §. 1. D. de stat. hom. 1,5., l. 7. pr. D. de acqu. dom 41, 1., §. 3. J. de jur. pers. 1, 3., §. 17. J. de R. D. 2, 1., der Sclavenstand des von einer Sclavin Geborenen nach l. 5. §. 1. D. de stat. hom 1, 5., während wir andrerseits ebensowohl aus Nov. 74. c. 1, 89. c. 1. pr. c. 9. pr. (s. §. 98.), wie aus l. 2. D. de nat. rest. 40, 11. u. §. 2. J. h. t. ersehen, daß die Sclaverei im Allgemeinen dem Rechtsbewußtsein jener Zeit widerstrebte und somit auf die

636) Denn auch l. 64. D. cit. und §. 2. J. cit. gewinnen in den Gesetzbüchern Justinian's eine Beziehung auf das animalische jus naturale, die ihnen im Sinne ihrer Urheber, des Tryphonin und Marcian nicht inwohnt.

naturalis ratio nicht zurückgeleitet werden konnte. Und auch hierbei machen wir die Wahrnehmung, wie diese Institute in der That nirgends auf die naturalis ratio fundirt oder als juris naturalis, vielmehr immer nur als juris gentium bezeichnet werden, so daß auch in diesem Punkte jene Incongruenz der Begriffe von jus gentium und jus naturale zu Tage tritt, welche wir bereits beim ersten Punkte des Widerspuches mit der Theorie vorfanden.

Endlich tritt aber auch solcher Widerspruch darin zu Tage, daß Rechtsinstitute dem jus gentium überwiesen werden, welche entschieden nicht national gemeinen Rechtes waren, somit lediglich auf Grund ihrer Uebereinstimmung mit der naturalis ratio als Institute des jus gentium theoretisch sich rechtfertigen lassen, wie die Acceptilation nach l. 8. §. 4. D. de accept. 46, 4., wobei freilich der Sprachgebrauch der Urquelle gerade in dieser Stelle die Bezeichnung jus gentium beibehalten ließ, während wir die Benennung jus naturale weit eher erwarten konnten.

Wenn nun demnach der Irrthum jener Verbindung von Speculation und Empirie innerhalb der Classification unter B. in vielfachen Spuren zu Tage tritt, so hat sich auch die Wahrnehmung desselben dem Tribonian nicht entziehen können, daher derselbe in jenen Fällen des Widerspruches, wie bereits bemerkt, sich genöthigt sieht, den hier fraglichen Begriff des jus gentium oder jus naturale regelmäßig in ein jus gentium und jus naturale zu zerlegen, und jenem, als dem jus quo omes gentes utuntur, die Vertretung des positiven Rechtes, diesem aber, als dem jus quod naturalis ratio constituit, die Vertretung des speculativen Rechtselementes zu überweisen, während der Classification unter B. selbst solche Scheidung vollkommen fremd ist.

Die Ursache der gerügten fehlerhaften Verbindung von Speculation und Empirie kann aber lediglich darin gefunden werden, daß Tribonian dem Lehrbegriffe des jus gentium in den Institutionen und Digesten Aufnahme verschaffte. Denn hiermit stieß die Compilation auf erhebliche Schwierigkeiten, welche namentlich in dem zwiefachen Umstande ihren Grund hatten, daß einestheils der Begriff des jus gentium der eigenen theoretischen Anschauung dieses Zeitalters völlig fremd geworden und höch-

stens in historischer Erinnerung allein noch gegenwärtig geblieben war, anderntheils aber auch gerade dieser Begriff eine vollständig divergirende Auffassung von Seiten der Vertreter der wissenschaftlichen Theorie der vorhergehenden Periode erfahren hatte und hierüber auch noch bei Gajus und Ulpianus als der Brennpunkt gränzenloser Begriffsverwirrung sich darstellte, während wiederum die klare und fast vorwurfsfreie Behandlung dieser Lehre bei Marcianus, wie vielleicht auch bei Paulus, ebensowohl als unbrauchbar, ja möglicher Weise auch als nicht vollkommen verständlich sich erwies, weil das jus gentium in seiner historisch gegebenen Wesenheit als jus commune omnium hominum für die gegenwärtige Periode seine thatsächliche und wirkliche Bedeutung verloren hatte. Wenn aber dennoch Tribonian das jus gentium in die Digesten und Institutionen wieder einführte und zu dem auf empirische Unterlage gestützten Begriffe des national gemeingültigen Rechtes construirte und als solchen mit dem rein speculativen jus naturale seiner Zeit in eine innere Verbindung setzte, so kann hierbei allenthalben nur das Bestreben bestimmend gewirkt haben, dem jus naturale eine unmittelbare practische Bedeutung zu sichern und der bloßen Rechtsmaterie ohne Weiteres die Stellung als wahres und wirkliches Recht, hiermit aber eine dem practischen Sinne mehr zusagende Stellung zu verschaffen, — ein Bestreben, welches bereits in der vorigen Periode die unseligste Begriffsverwirrung zur Folge hatte und bis in die neueste Zeit herab in gleicher Weise wirken mußte, weil das angestrebte Ziel in Wirklichkeit nicht existirt.

Nach Alle dem begegnen wir in den Institutionen und Digesten dem von Tribonian wieder aufgenommenen, der Theorie seiner Zeit aber im Uebrigen fremden Begriffe des jus gentium, und zwar in der bereits von der vorhergehenden Periode ihm beigelegten Wesenbestimmung als jus quod naturalis ratio constituit und quo omnes gentes utuntur; dagegen die der vorigen Periode eigene und historisch gegebene Begriffsbestimmung als jus commune omnium hominum klingt zwar in den Worten Tribonian's wieder, ist aber der Sache, wie dem früheren Begriffe nach demselben fremd geblieben. Andrerseits jus naturale und aequum et bonum kehren in der nämlichen Wesenbestimmung

wieder, welche wir bereits bei der Mehrzahl der Juristen der vorigen Periode, wie in den Producten der kaiserlichen Rechtsbildung dieser Zeit vorfanden. Beide umfassen hier, wie auch das strictum und civile jus, eine gemeinsame gleiche Sphäre, während andrerseits auch jus naturale und jus gentium in einer gewissen Beziehung identificirt erscheinen.

§. 102.

C. Paraphrase des Theophilus.

Theophilus behandelt die Eintheilung des Rechtes in ein jus civile, gentium und resp. naturale in Tit. Paraphr. de jur. nat. 1, 2. und trägt darin folgende Lehren vor:

die νόμοι zerfallen zunächst je nach ihrer Gültigkeit bei den verschiedenen Völkern in νόμοι ἴδιοι und κοινοί [637];

die ἴδιοι νόμοι heißen zugleich πολιτικοὶ νόμοι und auf ihnen beruht das jus civile oder ἰδικὸν δίκαιον [638], welches sich characterisirt als das Recht, welches das betreffende Volk selbst erst constituirt und hiermit zum Dasein beruft, und das auch nur bei diesem Volke Gültigkeit hat, als Norm somit, welche

> ἑκάστη πόλις ἑαυτῇ συνεστήσατο καὶ μέχρις αὐτῆς ἵσταται (quaeque civitas sibi constituit et intra eam consistit), und ähnlich.

Die κοινοὶ νόμοι heißen auch ἐθνικοὶ νόμοι und auf ihnen beruht das jus gentium, welches sich characterisirt als Recht, welches

> παρὰ πᾶσιν ἔθνεσι φυλάττεται (apud omnes gentes custoditur), oder

> κοινὸν τοῦ παντὸς ἀνθρώπων γένους ἐστί (commune omni hominum generi est).

Sodann zerfällt mit Rücksicht auf das Subject, über welches das Recht herrscht, das νόμιμον anderweit in das πολιτικόν, das ἐθνικόν und das φυσικόν [639];

637) §. 1. 11. h. t.

638) Ἰδικὸν δίκαιον, §. 11. de R. D. 2, 1.

639) pr. h. t.

das πολιτικὸν νόμιμον characterisirt sich als ein durch locales Bedürfniß gebotenes und selbst locales Recht, somit als Recht, welches lediglich über denjenigen herrscht, der in die vorausgesetzte Beziehung zu dem jenem Rechte unterworfenen Orte tritt; als Recht,

> ὅπερ τοπικὸν καὶ χρειῶδες προσαγορεύεται, τὸ τόπῳ περιεκλεισμένον, καὶ τόπου χρείαν ἀποπληροῦν, καὶ τὸ λυποῦν ἐκεῖνον τὸν τόπον ἐκκόπτον (jus quod locale est et necessarium appellatur, loco inclusum et loci necessitatem explens, atque id, quod illum locum laedit, tollens);

das ἐθνικὸν νόμιμον dagegen characterisirt sich als:

> τὸ κατὰ πάντων ἀνθρώπων, ἤγουν τῶν λελογισμένων βιοῦν ἐθελόντων ἐπεκτεινόμενον (jus quod ad omnes homines, scilicet qui secundum rationem vivere volunt, extenditur);

endlich das φυσικὸν νόμιμον als:

> τὸ κατὰ πάντων ζώων, χερσαίων, ἐνύδρων καὶ ἀερίων ἐπεκτεινόμενον (jus quod ad omnia animalia, terrestria, aquatica et aëria extenditur).

So erblicken wir in dem Obigen zwei verschiedene, an sich ganz selbstständige Classificationen, eine jede mit ihrer eigenthümlichen Terminologie versehen, in denen die νόμοι und das νόμιμον die zu determinirenden beiden Oberbegriffe bilden, während der Begriff des δίκαιον selbstverständlich gleichmäßig jenen Beiden sich coordinirt. Allein beide Classificationen treten auf dem dreifachen Wege in eine Beziehung mit einander, daß sie von Theophilus theils in eine innere theoretische Verbindung mit einander gesetzt, theils in regelwidriger Weise mit einander vermengt, theils endlich auch die Eigenthümlichkeiten der von Vorn herein angenommenen Terminologie nicht streng beobachtet werden.

Fassen wir zunächst die letzteren beiden Punkte in's Auge, so treten dieselben darin zu Tage, daß zunächst das ἐθνικὸν νόμιμον auf einen ἐθνικὸς νόμος in einem engeren Sinne fundirt wird, worüber vergl. unten; daß ferner in die trichotomische Eintheilung des νόμιμον der Ausdruck jus gentium geradezu hineingetragen und mit dem ἐθνικὸν νόμιμον gleichbedeutend gebraucht wird, wie pr. de libert. 1, 5.: ἐκ τοῦ jure gentium, τουτέστι τοῦ ἐθνικοῦ νομίμου; endlich aber namentlich

auch darin, daß auf die dichotomische Eintheilung der νόμοι die Bezeichnung φυσικόν und ähnlich angewendet wird. In letzterer Beziehung berichtet zwar Theophilus selbst in pr. h. t. (p. 14. fin. Reiz.), daß die κοινοί oder ἐθνικοί νόμοι oder das jus gentium nur mißbräuchlich und uneigentlich (καταχρηστικῶς) auch φυσικοί νόμοι genannt würden, allein dennoch bedient derselbe sich einer ähnlichen Ausdrucksweise, indem er dem πολιτικὸν δίκαιον in §. 2. de hered. qual. 2, 19. ein φύσει δίκαιον gegenüberstellt und somit in die erste, dichotomische jener beiden Classificationen den bei Aufstellung seiner Theorie geflissentlich vermiedenen Begriff des φυσικὸν oder φύσει ὄν in der That noch hineinträgt. Im nämlichen Sinne steht φύσει δίκαιον in §. 10. de mand. 3, 26. §. 3. 4 de exc. 4, 13., und in ähnlichem Gegensatze κατὰ τὸ φύσει δίκαιον und ἔννομον in §. 1. de replic. 4, 14., wie auch φυσικὸς λόγος und τὸ πολιτικόν (sc. δίκαιον) in §. 4. de interd. 4., 15 In gleicher Weise fällt ferner in die Sphäre dieser Pseudoterminologie, wenn Theophilus gewisse der dichototomischen Eintheilung in jus civile und jus gentium sich unterordnende Gegensätze durch φυσικόν und ἔννομον bezeichnet, wie nach §. 4. de libertin. 1, 5: ἔννομος und φυσικὴ ἡλικία, ἔννομος und φυσικὴ δεσποτεία, ἔννομος und φυσικὸς τρόπος ἐλευθερίας; wenn sodann derselbe in pr. de R. D. 2, 1. sagt: φυσικῷ δικαίῳ ἤτοι jure gentium und in §. 11. de R. D. 2, 1.: τινῶν μὲν γὰρ πραγμάτων γινόμεθα δεσπόται φυσικῷ νόμῳ, ὅπερ, καθὰ εἴρηται, jus gentium προσαγορεύεται (quarumdam enim rerum domini fimus φυσικῷ νόμῳ, qui, uti dictum est, jus gentium appellatur), und sodann dieses Recht dahin characterisirt: παλαίοτερον εἶναι τὸ φυσικὸν δίκαιον, ὅπερ ἅμα τῷ γένει τῶν ἀνθρώπων εἰς φῶς ἡ φύσις προήγαγε (vetustius esse τὸ φυσικὸν δίκαιον, quod simul cum hominum genere in lucem natura produxit), auch in §. 1. 3. de R. D. 2, 1. pr. de reb. corp. 2, 2. das φυσικὸν δίκαιον synonym mit jus gentium gebraucht; nicht minder, wenn Theophilus in §. 18. 20. 25. 31. 35. 37. 39. de R. D. 2, 1. die inventio, die Alluvion, Specification, den Eigenthumserwerb durch plantatio, wie an den Früchten, an den Jungen der Thiere, am Schatze dem φυσικὸς λόγος oder νόμος, oder dem φύσει δί-

καιον überweist[640]), während er in §. 12. und 17. eod. die Occupation der wilden Thiere, der Feinde, wie der res hostium auf einen ἐθνικὸς νόμος fundirt; wenn ferner derselbe in §. 41. de R. D. 2, 1. sagt: εὑρίσκομεν juris gentium ὑπάρχειν τοῦτο τὸ νόμιμον, ἐπειδὴ πρόσεστιν αὐτῷ φυσικὴ δικαιοσύνη, διὸ παρὰ πᾶσι τοῖς ἔθνεσι πολιτεύεται (invenimus juris gentium esse hoc jus, quoniam inest ei naturalis justitia, quapropter apud omnes gentes observatur); wie denn endlich auch hierher zu ziehen ist, daß Theophilus das jus gentium auf einen φυσικὸς λόγος zurückführt (Vergl. unten).

Indem wir nun zur Erreichung größerer Klarheit diese Pseudoterminologieen so weit als möglich vermeiden, vielmehr an die in tit. de J. N. 1, 2. gegebenen eigentlichen Bezeichnungen uns halten, und zunächst nun zu der trichotomischen Eintheilung des νόμιμον uns wenden, so beruht nun das φυσικὸν νόμιμον[641]) auf dem φυσικὸς νόμος[642]) und entstehet und geht hervor aus dem φυσικὸς λόγος[643]), einer Kraft, welche in der φύσις selbst gesetz- und vernunftvoll ordnend wirkt, daher auch die φύσις selbst als das Vehikel des φυσικὸν νόμιμον und als die rechtserzeugende Potenz anerkannt wird[644]). Diesem Rechte gehören an: die geschlechtliche Verbindung und als Folgewirkung derselben die Kinderzeugung, die Liebe zur Nachkommenschaft, und die Erziehung und Succession derselben, wie auch die natürliche Freiheit[645]).

Dagegen das ἐθνικὸν νόμιμον[646]) beruht auf dem ἐθνικος

640) Die strenge Consequenz erfordert folgendes System: das φυσικὸν νόμιμον erkennt gar kein Eigenthum an, daher ordnen sich die Erwerbgründe des Letzteren entweder dem ἐθνικόν oder πολιτικὸν νόμιμον, nicht aber dem jus gentium oder jus civile unter. Dennoch haben weder Theophilus, noch die Institutionen und Digesten die Classification jener Acquisitionsgründe auf die trichotomische Eintheilung gestützt.

641) Wegen dieses vergl namentlich pr. §. 1. 2. 11. h. t.

642) pr. de libert. 1, 5.

643) §. 1. h. t.

644) pr. h. t.: ἡ φύσις εἰστησιν, διέταξε, διετύπωσεν, οὐκ εἴασε· ἡ φύσις ὁρῶσα — ἐμηχανήσατο· §. 11. de R. D. 2, 1.: τὸ φυσικὸν δίκαιον ἡ φύσις προήγαγε.

645) pr. §. 2. h. t. pr. de libert. 1, 5.

646) Wegen dieses vergl. namentlich pr. §. 1. 2. h. t.

νόμος in engerem Sinne[647]) und geht hervor aus dem ἐθνικὸς λόγος[648]), welcher ist die χρεία καλοῦσα und die ἀνθρωπίνη ἀνάγκη ἀπαιτοῦσα, der usus jubens und die humana necessitas exigens[649]). Diesem Rechte werden überwiesen: Die Bestrafung des Mordes und Ehebruches, die Verpönung des Diebstahles durch Vermögensstrafen, die Erkenntlichkeit des Gläubigers gegen den Schuldner, dem jener selbst zu Danke verpflichtet ist, der Gehorsam des Sclaven gegenüber den vernunftgemäßen Befehlen des Herren, die Abschließung von Verträgen, wie Kauf, Miethe, Depositum, Societas, Mutuum, donatio und die Errichtung von Testamenten, allein auch Kriegsgefangenschaft, Sclaverei und Manumission[650]).

Endlich das πολιτικὸν νόμιμον ist seiner Individualität nach verschieden und so vielfältig, als es Völker giebt. Es geht hervor aus dem πολιτικὸς λόγος[651]), wird durch den Willen des Volkes in's Dasein berufen, und indem es nicht allein auf dem πολιτικὸς νόμος beruht, sondern die Gesammtheit dieser umfaßt, so fällt es nun auch mit dem jus civile oder den ἴδιοι oder πολιτικοὶ νόμοι zusammen[652]).

Hiermit haben wir sonach bereits die Sphäre des anderen der obigen beiden Gegensätze, des jus civile und jus gentium betreten, auf welchem namentlich der Gegensatz der πράγματα φυσικὰ, πούβλικα u. dergl. in pr. sq. de R. D. 2, 1. pr. de reb. corp. 2, 2., von φυσικοὶ und ἔννομοι τρόποι des Eigenthumserwerbes in pr. de reb. corp. 2, 2., sowie der entsprechenden Gegensätze bezüglich der ἡλικία, δεσποτεία und τρόποι ἐλευθερίας in §. 4. de libertin. 1, 5. sich stützen. Dieser Gegensatz nun erscheint zwar in seiner Reinheit vielfach getrübt durch die oben hervorgehobene Verbindung der Bezeichnungen

647) pr. de libert. 1, 5.

648) §. 1. h. t.

649) §. 2. h. t.

650) pr. §. 2. h. t. pr. de libert. 1, 5.

651) §. 11. de R. D. 2, 1.

652) Wegen πολιτικὸν νόμιμον insbesondere vergl. namentlich pr. §. 2. h. t. wegen jus civile insbesondere vergl. namentlich §. 1. 11. h. t. §. 11. de R. D. 2, 1.

φυσικόν und ähnlicher, fällt jedoch durchaus nicht mit der dreigliedrigen Eintheilung des νόμιμον zusammen, obgleich nicht zu verkennen ist, daß Theophilus selbst die Gränzlinie zwischen beiden Classificationen nicht immer innezuhalten vermocht hat, andrerseits aber auch mannichfache Berührungspunkte zwischen Beiden gegeben sind.

Das jus gentium insbesondere nun [653]), oder die κοινοί oder ἐθνικοὶ νόμοι, auch ἐθνικὸς νόμος [654]), sehr häufig auch φύσει δίκαιον oder ähnlich (s. oben) genannt, wird in §. 11. h. t. bezeichnet als ἐκ θειοτέρας εὑρεθέντα προνοίας und als τὸ βέβαιον καὶ ἀμετακίνητον ἐχόντα, als divina providentia constitutum und firmitatem atque immutabilitatem habens, sowie in §. 11. de R. D. 2, 1. als παλαιότερον, ὅπερ ἅμα τῷ γένει τῶν ἀνθρώπων εἰς φῶς ἡ φύσις προήγαγε, als vetustius, quod simul cum genere hominum in lucem natura produxit, woneben jedoch auch hier ein φυσικὸς λόγος oder λογισμὸς als wirkende Kraft anerkannt wird [655]).

Fragen wir nun nach Alle dem nach dem gegenseitigen Verhältnisse der Glieder der obigen beiden Eintheilungen, so ordnen sich, gleichwie das πολιτικὸν νόμιμον mit dem jus civile zusammenfällt, so auch das ἐθνικόν und φυσικὸν νόμιμον gemeinsam dem jus gentium unter, wie dies Theophilus in §. 1. h. t. besagt:

> ὅσα ὁ φυσικὸς ἤτοι ἐθικὸς λόγος μεταξὺ πάντων ἀνθρώπων ἐφεύρε, — — jus gentium προσαγορεύεται (quaecunque ὁ φυσικὸς aut ἐθικὸς λόγος inter omnes homines invenit, jus gentium appellantur),

indem in dieser Stelle der φυσικὸς und ἐθικὸς λόγος ganz bestimmt auf das φυσικόν und ἐθικὸν νόμιμον hinweist. Daher sancirt denn der Gesetzgeber auch nur theils jus civile, theils jus gentium [656]), weil beide Normen die sämmtlichen Gebote des πολιτικὸν, wie ἐθικόν, und des φυσικὸν νομιμόν umfassen.

---

653) Vergl. darüber namentlich §. 1. 11. h. t. §. 11. de R. D. 2, 1.
654) §. 4. 12. de R. D. 2. 1.
655) §. 12. 18. 25. 31. 35. 37. de R. D. 2, 1. §. 4. de interd. 4, 15.
656) pr. h. t. (p. 14. fin., 15. init. Reiz.)

So waltet eine Uebereinstimmung der Theorie des Theophilus mit der der Digesten vornämlich darin ob, daß auf die für die Herrschaft des Rechtes über das Subject maaßgebende Qualität des Letzteren, wie auf die nationale Gültigkeit des Rechtes eine zwiefache und zwar eine trichotomische und eine dichotomische Eintheilung gestützt wird. Dagegen der in den Digesten und Institutionen ebenfalls maaßgebende Eintheilungsgrund der materialen Quelle des Rechtes hat bei Theophilus formal nicht die gleichmäßige Anerkennung gefunden, indem von diesem die dadurch bestimmten Merkmale des Rechtes zwar ebenfalls in Bezug auf die gewonnenen Eintheilungsglieder berücksichtigt, allein ebensowohl nur in erklärender Weise, wie anderntheils auch den Gliedern beider Classificationen attribuirt werden.

Ohne nun im Uebrigen auf die Theorie des Theophilus weiter einzugehen, fügen wir nur noch den Hinweis darauf bei, wie Theophilus entsprechend den Institutionen und Digesten das strictum jus dem jus civile, das aequum et bonum dem jus gentium oder naturale gleichstellt, wie daraus erhellt, daß derselbe in §. 11. de R. D. 2, 1. den ἀκριβὴς καὶ πολιτικὸς λόγος dem ἰδικὸν δίκαιον attribuirt; ferner in §. 1. 5. de tut. 1, 13. πολιτικὴ ἀκρίβεια (resp. im Gegensatze zur τοῦ τελευτήσαντος γνώμη) sagt; endlich in §. 3. de exc. 4, 13. die στρίκτα ἀγωγὴ in den Gegensatz zum φύσει δίκαιον stellt u. dgl.[657]).

§. 103.

Resultat.

Mit der gegenwärtigen Periode finden die von uns erörterten Lehren ihren Abschluß für das Alterthum. Allein dieser Abschluß ist nicht durch eine wissenschaftliche Erledigung jener

657) παλᾶια ἀκρίβεια findet sich §. 10. de auct. tut. 1, 21.; ἀκρίβεια im Sinne von solennitas juris in §. 9. de test. ordin. 2, 10. pr. de milit. test. 2, 11.; ἀκρίβεια und ἄδικον gleichstellt in §. 2. de exc. 4, 13.; ἀκρίβεια im Gegensatze zum jus sanguinis oder τὸ τοῦ αἵματος δίκαιον in §. 10. de nupt. 1, 10.; die bonae fidei δικαστήρια, denen das ἐκ τοῦ καλλίστου καὶ τοῦ δικαίου beigelegt wird, stehen im Gegensatze zu den στρίκτα δικαστήρια, denen die ἀκρίβεια zuertheilt ist, in §. 30. de act. 4, 6.

Lehren gegeben: nicht Folge einer vollständigen Lösung der auftauchenden Zweifel und einer erschöpfenden Beantwortung der erhobenen Fragen; vielmehr liegt in jener Abschließung nur Erstarrung: das einst flüssige, vielbewegte, vom belebenden Hauche der Idee durchströmte Element gerinnt im Laufe der Zeit zur festen Masse, welche in undehnbarer Form gegen jede freie Bewegung des Geistes sich abschließt. So erblicken wir am Ausgange dieses Zeitraumes die rege Strömung der Ideen gedämmt, welche durch das Ringen nach einer befriedigenden Erkenntniß unserer Lehrbegriffe hervorgerufen worden war, und wir sehen die einst vielfältigen Combinationen der Gedanken in einigen wenigen Lehrsätzen fixirt, bei denen das Alterthum für immer Beruhigung faßte.

Diese Thatsache mit ihren Voraussetzungen erklärt uns die doppelte Erscheinung, zunächst, daß bezüglich der von uns behandelten Lehrbegriffe das gegenwärtige Zeitalter sich begnügt, den von der vorhergehenden Periode überlieferten theoretischen Stoff zu verarbeiten und im Einzelnen anzuwenden, wie schließlich zu einem unwandelbaren und endgültigen Abschlusse zu bringen, während mit diesem Resultate wieder die postjustinianeische Zeit sich genügen ließ; sodann daß überhaupt alle die in §. 94 ff. für die vorhergehende Periode von uns festgestellten Probleme über die Natur des Rechtes aus der Sphäre des freien geistigen Verkehres heraustreten. Denn in welchem Maaße dieses Zeitalter sclavisch an überlieferten Formeln festhält, beweisen nicht nur die Institutionen und Digesten Justinian's, welche z. B. die Definition des Celsus und Ulpianus: jus est ars aequi et boni trotz ihres nichtssagenden Inhaltes adoptiren, sondern auch weit später noch der Harmenopul, der in §. 13. de leg. 1, 1. in den Worten: νόμος ἐστὶ τέχνη τοῦ καλοῦ [καὶ τοῦ ἴσου] die nämliche Formel wiederholt [658]).

Im Einzelnen nun gelangt zunächst die Auffassung über das Wesen des jus naturale in den Constitutionen der Kaiser zu einem festen und bestimmten, wie einheitlichen Abschlusse, während

---

658) Einige Reflexionen über die δικαιοσύνη ¡ Nov. 69. Praef. Wegen der Scheidung des jus an sich in ein speculatives und empirisches Recht, deren schwache Spuren wir in den Digesten vorfinden s. §. 101.

gleichzeitig auch diesem jus nunmehr diejenige Stellung gegenüber dem positiven Rechte angewiesen wird, welche allein in Wahrheit ihm zukommt, von der zweiten Periode aber, wie bereits früher von der Philosophie Griechenlands und Cicero's vielfach verkannt ward. Allein dieses doppelte Resultat ward nicht auf jenem naturgemäßen Wege erreicht, daß die absolute Wahrheit erkannt, wie allgemein anerkannt, und so eine wahrhaft genügende Lösung des gestellten Problemes gefunden ward; vielmehr war es die Erschlaffung der Denkkraft selbst und die Abstumpfung des Geistes für höhere Speculation im Allgemeinen, welche einerseits den Lehrbegriff des jus naturale fixirte, andrerseits den Uebergang dieses jus in seine richtige Stellung gegenüber dem positiven Rechte dadurch vermittelte, daß dem Gesetzgeber beim Mangel weiter gehender Reflexionen über die Natur des jus naturale kaum eine andere practische Beziehung des Letzteren sich darbieten konnte, als die einer Quelle der legislativen Satzung.

Indem nun am Ausgange dieser Periode in den Institutionen und Digesten Justinian's ein formaler Abschluß des gesammten Rechtes in's Werk gesetzt ward, so ward dem entsprechend auch in der Lehre vom jus naturale eine Combination der verschiedenen überlieferten Theorien vorgenommen, die jedoch in Wahrheit nur als äußerer Vereinigungsversuch sich darstellt und den Zwiespalt der Meinungen nur künstlich verdeckt, nicht aber wirklich beseitigt, andrerseits aber auch das jus naturale wiederum auf das Gebiet des alten Irrthumes hinüberleitet, wahres und wirkliches Recht zu sein.

Die aequitas bleibt in der gegenwärtigen Periode der nämliche Begriff, als welcher sie von Alters her überliefert ward: Inbegriff der Postulate einer von dem gegebenen Rechte unabhängigen und subjectiven Rechtsanschauung. Allein nicht nur, daß ihre Gebote selbst nunmehr theilweis andere geworden sind, sowie daß sie die durch die Herrschaft allgemein leitender und abstracter Ideen gegebene stetige und gleichmäßige Richtung nach einem bestimmten Ziele fortan verläßt, so sind auch ihre Factoren selbst ganz andere geworden: in der ersten Periode erkannten wir als Träger der aequitas in ihrer Totalität das römische Volk, während die Doctrin zum wissenschaftlichen Be-

wußtsein dieser dem Volke ureigen inwohnenden Rechtsideen nur partiell gelangt war; in der zweiten Periode ruhte die aequitas zwar wiederum im Volke, allein die Jurisprudenz hatte nunmehr den gesammten Stoff der durch die volksthümliche Anschauung gebotenen abstracten Rechtsideen in sich aufgenommen und erkannt und verarbeitet; in dem gegenwärtigen Zeitalter endlich verlor das Volk bei seiner Stumpfsinnigkeit die Productivität selbsteigener ethischer Ideen, daher fortan die Träger des wissenschaftlichen Bewußtseins, die Organe der kaiserlichen Legislation, allein und ausschließlich auch die Factoren der aequitas bilden. In diesen wechselvollen Schicksalen der aequitas erkennen wir aber zugleich auch den Grund jener Erscheinung, daß in der ersten Periode das jus naturale und das aequum et bonum auseinanderfallen, in den zwei letzten Perioden dagegen Beide coincidiren.

Das jus gentium endlich, indem es mit dem gegenwärtigen Zeitalter seine historisch gegebene, wichtige und practisch so folgenreiche Bedeutung für den geschäftlichen Verkehr thatsächlich verliert, verschwindet gänzlich aus der Reihe der einer wissenschaftlichen Reflexion anheimfallenden Begriffe. Erst in den Institutionen und Digesten wird es unter dem Einflusse der Quellen der vorigen Periode von Neuem wieder in den Kreis der maaßgebenden Lehrbegriffe eingeführt, allein nicht ohne daß bei dieser Wiederbelebung seine ursprüngliche essentielle Wesenbestimmung sich völlig verflüchtigt hätte, ein Recht nämlich zu sein, dem auf dem römischen Forum eine gleichmäßige Herrschaft über alle freien Menschen actuell zukam. Nur die von der vorhergehenden Periode ihm untergeschobenen beiden anderen Merkmale bewahrt es, Recht zu sein, welches theils eine gleichmäßige Gültigkeit bei allen Nationen actuell ausübt, theils aus der naturalis ratio entstammt. Indem nun mit dieser letzteren Wesenbestimmung das jus gentium ein Merkmal sich beilegt, auf dem zugleich der Begriff des jus naturale beruht, so bewerkstelligt sich hiermit eine Verbindung der beiden Begriffe von jus gentium und jus naturale zu einem jus gentium oder jus naturale, aus welcher scheinbar das Erstere als der bestimmende, maaßgebende und herrschende Begriff hervorgeht, insofern als die Merkmale des jus naturale dem jus gentium als Theil von

dessen Wesenbestimmung anheimfallen, hiermit aber das jus naturale in der Weise von dem jus gentium vollständig absorbirt wird, daß nunmehr das Merkmal der Nationabilität des Rechtes für sich allein fortan gar nicht mehr in Betracht kömmt. Dennoch ist diese Annahme trügerisch, weil jene in thesi ausgesprochene Verbindung der obigen beiden Merkmale zu Einem Begriffe nicht festgehalten wird. Vielmehr werden nach Maaßgabe der Quellen der vorigen Periode ebensowohl dem jus gentium Institute untergeordnet, welche national gemeingültig sind, ohne der naturalis ratio zu entsprechen, während andrerseits dem jus naturale Institute überwiesen sind, die bei Harmonie mit der naturalis ratio doch in keiner Weise den Anspruch auf nationale Gemeingültigkeit erheben dürfen. Daher ergiebt sich bereits für die Institutionen und Digesten selbst ein jus gentium, welches lediglich national gemeingültig, somit in Wahrheit nicht auch jus naturale ist, wie andrerseits ein jus naturale, welches lediglich der ratio naturalis entspricht, ohne national gemeingültig und somit jus gentium zu sein, und hieraus wiederum folgt, daß das jus gentium mit dem Merkmale der nationalen Gemeingültigkeit und in gleicher Maaße auch das jus naturale mit dem Merkmale der Nationabilität des Rechtes als selbstständige Begriffe in Wahrheit fortbestehen, sowie daß der in den Institutionen und Digesten theoretisch construirte Begriff des jus gentium oder jus naturale in der Verbindung jener beiden Merkmale nicht zu einem einheitlichen Begriffe sich abschließt, sondern lediglich als eine nicht genügend durchdachte, rein äußerliche, nicht aber innerliche und sachliche Verschmelzung sich darstellt.

Noch anders gestaltet sich dieses Verhältniß, sobald wir, über die Institutionen und Digesten hinausblickend, das Verhältniß von jus gentium und jus naturale gegenüber der herrschenden Anschauung dieses Zeitalters erwägen: dann stellt sich der Begriff des jus naturale als eines jus, quod naturalis ratio constituit, als der herrschende und maaßgebende dar, dem gegenüber das jus gentium, als das jus quo omnes gentes utuntur, nur ein einzelnes, abgeleitetes Merkmal repräsentirt. Insofern daher hierbei das jus gentium nur eine besondere Beziehung, ein einzelnes Merkmal des jus naturale in Form einer

eigenen Bezeichnung vertritt, geht es in dem letzteren Begriffe auf und gestaltet sich zu einer Pertinenz desselben. Allein auch diesfalls bleibt wiederum dem jus gentium insofern eine Selbstständigkeit, als es nicht bloß die potentielle, vielmehr die actuelle Gemeingültigkeit des Rechtes bezeichnet, die letztere aber nicht ausnahmelos mit der Nationabilität des Rechtes Hand in Hand ging.

Beilagen

I — VIII.

Beilage I.

Ueber den rechtsphilosophischen Begriff der aequitas bei Cicero.

Zu §. 6 ff.

§. 1.

In den Werken des Cicero erkannten wir einen dreifachen Begriff der aequitas an: einen vulgären, juristisch-wissenschaftlichen und rechtsphilosophischen. Die beiden ersteren verhalten sich zu einander, wie das Ganze zum Theile, wenn immer auch die wissenschaftliche aequitas der vulgären scheinbar entfremdet ist durch eine in Folge besonders günstig wirkender Umstände ihr zu Theil gewordene Cultur. Dennoch waltet zwischen Beiden ein ununterbrochener innerer Zusammenhang insofern ob, als die juristische aequitas der Sphäre der vulgären in Wahrheit angehört, und diese Thatsache selbst bewahrheitet sich auch dadurch, daß in der zweiten Periode die juristische aequitas Cicero's vollständig in ihr ursprüngliches Verhältniß zum Ganzen zurücktritt, indem in dieser Periode die Gesammtheit der Postulate der vulgären aequitas von der Jurisprudenz adoptirt wird, somit aber zwischen der vulgären und juristischen aequitas völlige Congruenz sich wieder herstellt und der Theil in das Ganze zurücktritt. Dabei hatten wir auch diese juristische aequitas weder als alleinige Schöpfung Cicero's, noch als dessen ausschließliches Eigenthum anzusehen, vielmehr ward jene von den Vertretern der Jurisprudenz allgemein getragen, wie auch ausgebildet, obwohl dem Cicero ein hervorragendes Verdienst für ihre Cultur nicht abgesprochen werden darf.

Ein anderes Verhältniß waltet in dieser Beziehung hinsichtlich der rechtsphilosophischen aequitas ob: dieselbe ist ein Product der eklektisch-philosophischen Bestrebungen Cicero's und

erscheint ohne allen inneren Zusammenhang mit der vulgären aequitas, indem einen solchen zu vermitteln zwar im Plane Cicero's gelegen haben wird, allein völlig mißlungen erscheint, weil eben diese philosophische aequitas der Anschauung des Volkes selbst völlig fern stand, und ein Gebild, oder richtiger eine Nachbildung von Seiten Cicero's war. Denn diese ciceronianisch-philosophische aequitas ist die ἰσότης des Aristoteles.

§. 2.

Bevor wir nun zur Darlegung der philosophischen aequitas Cicero's verschreiten, erscheint es nöthig, eine besondere Vorbetrachtung einer Stelle zu widmen, welche ihrer richtigen Würdigung bisher vergeblich entgegengesehen hat, nämlich Top. 23, 90., welche lautet:

> Cum autem de aequo et iniquo disseritur, aequitatis loci colligentur. Hi cernuntur bipertito: et natura et instituto. Natura partes habet duas: tuitionem sui et ulciscendi jus Instituto autem aequitas tripertita est: una pars legitima est, altera conveniens, tertia moris vetustate firmata.
>
> Atque etiam aequitas tripertita dicitur esse: una ad superos Deos, altera ad Manes, tertia ad homines pertinere; prima pietas, secunda sanctitas, tertia justitia aut aequitas nominatur.

Sehen wir zunächst bei dieser Stelle von der Bedeutung des in ganz verschiedenem Sinne gebrauchten Ausdruckes aequitas ab, worauf erst später zurückzukommen sein wird, so giebt Cicero eine doppelte Classification der aequitas oder, wie wir hier anticipirend bemerken, des jus selbst, und zwar

a) die Eintheilung der aequitas in natura d. i. jus naturale, und in institutum, d. i. jus civile oder lex, sowie fernerweit der natura in tuitio sui und ulciscendi jus, worüber vergl. §. 38. Note 295., und des institutum in das legitimum, conveniens, und moris vetustate firmatum, d. i. lex, pactum conventum und jus consuetudinis, worüber vergl. §. 13. Note 29.
b) die Eintheilung in eine aequitas, welche die Götter betrifft und pietas genannt wird; in diejenige sodann, welche auf die Manen sich bezieht und sanctitas heißt, und in die-

jenige, welche den Verkehr der Menschen regelt und in disjunctiver Weise theils als justitia, theils ebenfalls als aequitas bezeichnet wird.

Die zweite Classification der aequitas referirt Cicero als eine von einem Dritten aufgestellte (atque etiam aequitas tripertita dicitur esse), wogegen die erste Eintheilung der aequitas von Cicero als seine eigene vorgetragen wird und in der That auch mehrfach in seinen Werken wiederkehrt, indem namentlich in Orat. Partit. 37. die gleiche Obereintheilung der aequitas oder des jus in natura und lex vorgetragen wird, in vielen anderen Stellen aber ebenfalls deutlich wahrnehmbar zu Tage tritt; vergl. §. 37—39. Auf diese dem Cicero selbst angehörige Eintheilung werden wir indeß erst später zurückkommen, vielmehr wenden wir gegenwärtig nur der zweiten, als einer fremden, von Cicero referirten Classification unsere Aufmerksamkeit zu, wobei wir die Bemerkung an die Spitze stellen, daß diese Eintheilung des Rechtes dem Plato eigenthümlich und somit unter dem von Cicero angezogenen, aber nicht näher benannten Vertreter derselben Plato zu verstehen ist. Der Beweis hierfür ergiebt sich aus dem Nachstehenden.

§. 3.

Diogenes Laertius berichtet in lib. III. §. 83. als einen Lehrsatz des Plato:

> τῆς δὲ δικαιοσύνης ἐστὶν εἴδη τρία· ἡ μὲν γὰρ αὐτῆς ἐστι περὶ θεούς, ἡ δὲ περὶ ἀνθρώπους, ἡ δὲ περὶ τοὺς ἀποιχομένους· οἱ μὲν γὰρ θύοντες καὶ τῶν ἱερῶν ἐπιμελούμενοι δῆλον ὅτι περὶ θεοὺς εὐσεβοῦσιν· οἱ δὲ δάνεια ἀποδιδόντες καὶ παρακαταθήκας δικαιοπραγοῦσι περὶ ἀνθρώπους· οἱ δὲ τῶν μνημείων ἐπιμελούμενοι δῆλον ὅτι περὶ τοὺς ἀποιχομένους· τῆς ἄρα δικαιοσύνης ἡ μὲν πρὸς θεούς ἐστιν, ἡ δὲ πρὸς ἀνθρώπους, ἡ δὲ περὶ τοὺς ἀποιχομένους (justitiae tria sunt genera: aliud ad Deos, alterum ad homines, tertium ad defunctos pertinet. Nam qui sacra faciunt sacrarumque rerum curam habent, pii erga Deos sunt; qui vero mutua depositaque restituunt, juste erga homines faciunt; qui denique monumenta curant, juste erga

defunctos. Justitiae igitur alia pars ad Deos, altera ad homines, tertia ad mortuos pertinet).

Diese Darstellung des Diogenes läßt vermuthen, daß demselben eine Abhandlung des Plato vorgelegen, worin der Letztere ex professo das δίκαιον nach den angegebenen drei Theilen zerlegte und erörterte. Da sich indeß in den überlieferten Schriften Plato's eine derartige Stelle nicht vorfindet, so ist nach jener Voraussetzung anzunehmen, daß die Hauptstelle für jene Classification einer Partie der Werke des Plato angehört habe, welche uns verloren ist. Dagegen finden sich in den Schriften des Letzteren zahlreiche Stellen, in denen in mehr beiläufiger oder wenigstens minder ausführlicher Weise das δίκαιον nach Maaßgabe des Subjectes, auf welches das Recht sich bezieht, zerlegt wird. Jene Stellen selbst lassen jedoch wieder eine zwiefache Eintheilung erkennen, deren eine, welche dichotomisch ist, am stärksten hervortritt. Nach dieser zerfällt das δίκαιον in das ὅσιον und δίκαιον im engeren Sinne, d. i. in das δίκαιον gegen die Götter, welches auch als εὐσεβές bezeichnet wird, und in das δίκαιον gegen die Menschen [1]):

καὶ μὴν ὅγε σώφρον τὰ προσήκοντα πράττοι ἂν καὶ περὶ θεοὺς καὶ περὶ ἀνθρώπους. — — καὶ μὴν περὶ μὲν ἀνθρώπους τὰ προσήκοντα πράττων, δίκαι' ἂν πράττοι, περὶ δὲ θεούς, ὅσια· τὸν δὲ τὰ δίκαια καὶ ὅσια πράττοντα ἀνάγκη δίκαιον καὶ ὅσιον εἶναι (temperatus autem agit quae decet erga Deos atque homines. — — Proinde qui decentia inter homines agit, justa facit, qui erga Deos, pia. Eum vero qui justa atque pia agat, necesse est justum atque pium esse); Gorg. p. 507 a. b. St.

τὸ μέρος τοῦ δικαίου εἶναι εὐσεβές τε [2]) καὶ ὅσιον τὸ περὶ τὴν τῶν θεῶν θεραπείαν· τὸ δὲ περὶ τὴν τῶν ἀνθρώπων, τὸ λοιπὸν εἶναι τοῦ δικαίου μέρος (justi partem religiosum et pium esse, quae scilicet ad Deorum curam pertinet; eam vero, quae ad hominum curam, reliquam esse justi partem); Entyph. p. 12 e.

---

1) Dem entspricht Serv. in Aen. I, 544.: pietas enim in Deos, justitia in homines est.

2) Vergl. Defin. p. 412 e.: εὐσέβεια, δικαιοσύνη περὶ θεούς.

Vergl. Theaet. p. 176 b. Polit. p. 301 d. Phaedo p. 75 c. Alcibiad. II. p. 149 e. 150 a. b. d. Gorg. p. 522 c. Eutyph. p. 12 d. sq. Defin. p. 415 a.

Neben diesem doppelten Elemente des δίκαιον tritt indeß als selbstständiger Bestandtheil des Letzteren eine Beziehung Rechtens gegen die Verstorbenen in einzelnen Stellen deutlich hervor, so namentlich:

τί οὖν, ἔφη, ἔτι ἂν ἡμῖν λοιπὸν τῆς νομοθεσίας εἴη; καὶ ἐγὼ εἶπον, ὅτι ἡμῖν μὲν οὐδέν· τῷ μέντοι Ἀπόλλωνι τῷ ἐν Δελφοῖς τά τε μέγιστα καὶ κάλλιστα καὶ πρῶτα τῶν νομοθετημάτων. — — Ἱερῶν τε ἱδρύσεις καὶ θυσίαι, καὶ ἄλλαι θεῶν τε καὶ δαιμόνων καὶ ἡρώων θεραπεῖαι· τελευτησάντων τε αὖ θῆκαι, καὶ ὅσα τοῖς ἐκεῖ δεῖ ὑπηρετοῦντας, ἵλεως αὐτοὺς ἔχειν (Quid praeterea, inquit, restat nobis de legum constitutione? Equidem dixi, nobis quidem nihil; Apollini autem Delphico maxima et clarissima et prima instituta. — — Templorum constitutiones et sacrificia ceterique Deorum et daemonum atque heroum cultus, sepulcra praeterea et funera defunctorum et quaecunque sunt ad eos placandos ministeria); de Rep. IV. p. 427 b.

περὶ τελευτήσαντας δή, εἴτέ τις ἄῤῥην, εἴτέ τις θῆλυς ᾖ, τὰ μὲν περὶ τὰ θεῖα νόμιμα τῶν τε ὑπὸ γῆς θεῶν καὶ τῶν τῇδε, ὅσα προσήκει τελεῖσθαι, τοὺς ἐξηγητὰς γίγνεσθαι κυρίους φράζοντας (Ad mortuos vero tam viros quam mulieres de divinis legibus, sive Deorum inferorum sive superorum, eorum quae fieri decent decernendorum auctores fieri interpretes); de Leg. XII. p. 958 d.

Diese rechtlichen Beziehungen gegen die Verstorbenen fallen bei der obigen dichotomischen Eintheilung mit unter das ὅσιον, indem sie aber neben diesem auch noch besonders anerkannt und hervorgehoben werden, so tritt nun in Folge dessen neben jene Eintheilung auch eine trichotomische, in welcher dieses neue Glied als ἱερόν bezeichnet worden zu sein scheint, wie dies der von Cicero in Top. 23. gebrauchte Ausdruck sanctitas andeutet. Dieser Annahme entspricht auch de Rep. I. p. 344 a.:

καὶ ἱερὰ καὶ ὅσια καὶ ἴδια καὶ δημόσια,

wo das δίκαιον gegen die Menschen durch die ἴδια καὶ δημό-

σια, das δίκαιον gegen die Götter durch die ὅσια, endlich das gegen die Verstorbenen durch die ἱερά bezeichnet wird.

Alle diese Andeutungen aber in Verbindung mit dem eingangscitirten Berichte des Diogenes berechtigen uns zu der Annahme, daß Plato neben der Eintheilung des Rechtes in ein ὅσιον und δίκαιον noch eine dreigliedrige Eintheilung in ein ὅσιον, δίκαιον und ein muthmaßlich ἱερόν genanntes Drittes aufstellte.

§. 4.

Die von Plato aufgestellte trichotomische Eintheilung des Rechtes in das ὅσιον, welches auf die Götter, das ἱερόν, welches auf die Verstorbenen, und das δίκαιον i. e. S., welches auf die Menschen sich bezieht, ist nun zu verstehen unter der von Cicero in Top. 23, 90. referirten Eintheilung der aequitas in die pietas, sanctitas, und justitia und aequitas, als in ein auf die Götter, Manen und Menschen bezügliches Recht, und aus der Art und Weise, wie Cicero diese Eintheilung als eine ihm fremde bezeichnet, können wir zugleich entnehmen, daß derselbe dieser Classification seinen Beitritt versagte. Dennoch machen wir die Wahrnehmung, — und Nichts ist so bezeichnend für die Unbeständigkeit des Eklekticismus Cicero's, — daß derselbe auch dem Einflusse jener platonischen Eintheilung des Rechtes sich nicht völlig entzogen hat, wie dies namentlich in de Rep. 1, 2. hervortritt, welche lautet:

> Nihil enim dicitur a philosophis, quod quidem recte honesteque dicatur, quod non ab his partum confirmatumque sit, a quibus civitatibus jura decripta sunt. Unde enim pietas? aut a quibus religio? unde jus aut gentium, aut hoc ipsum civile quod dicitur? unde justitia, fides, aequitas? unde pudor, continentia, fuga turpitudinis, appetentia laudis et honestatis? unde in laboribus et periculis fortitudo? nempe ab his, qui haec, disciplinis informata, alia moribus confirmarunt, sanxerunt autem alia legibus.

In dieser Stelle legt nämlich Cicero den Inhalt der jura descripta, welche theils durch mores, theils durch leges constituirt sind, dar, und bezeichnet hierbei als Einrichtungen jener jura theils die pietas, theils die religio, theils das jus gentium und

jus civile, denen zugleich die justitia, fides. aequitas entsprechen; theils ferner den pudor, die continentia, fuga turpitudinis, appetentia laudis et honestatis, theils endlich die fortitudo in laboribus et periculis. In der Gesammtheit dieser legislativen Institutionen erkennen wir aber ein dreifaches Element, welches auf drei der von Cicero angenommenen vier Cardinaltugenden, nämlich auf die justitia, auf die moderatio oder temporantia, und auf die fortitudo hinweist; vergl. §. 37. Der fortitudo entspricht in obiger Stelle die fortitudo in laboribus et periculis; der moderatio fallen anheim pudor, continentia, fuga turpitudinis, appetentia laudis et honestatis; endlich der justitia entsprechen theils die pietas, theils die religio, theils die justitia, fides, aequitas, wobei das Gebiet der letzten drei wiederum in jus gentium und jus civile zerlegt wird. Sehen wir nun von dieser letzteren Classification ab und vergegenwärtigen wir uns ferner, wie die fides neben der justitia und aequitas nur pleonastisch hervorgehoben wird [3]); fassen wir endlich die religio für gleichmäßig mit der sanctitas [4]) auf; so erkennen wir, wie Cicero in obiger Stelle die justitia in die pietas, in die sanctitas und in die justitia und aequitas zerlegt und somit, die nämliche Eintheilung aufstellend, welche er in Top. 23, 90. als eine fremde referirte, die platonische Classification des Rechtes in Wahrheit adoptirt [5]).

§. 5.

Indem wir uns nun zum Begriffe der aequitas wenden, so ist hierbei vor Allem noch in Betracht zu ziehen Orat Part. 37, 129. 130., welche lautet:

> Juris est omnis ratio nobis explicanda. Quod dividitur in duas partes primas, naturam atque legem et utriusque generis vis in divinum et humanum jus est distributa, quorum aequitatis est unum, alterum religionis. Aequitatis autem vis

3) Vergl. namentlich I, 7, 23.; siehe auch de Fin. II, 18. fin.

4) Anders sind freilich die Begriffe religio und pietas definirt in de Inv. II, 22. u. 53.

5) Der dichotomischen Eintheilung des Plato entspricht de Fin. V, 23, 65., wo neben der justitia und beneficentia (worüber Vergl. §. 38.), welche der justitia gegen die homines entsprechen, die pietas allein genannt wird. Aehnlich noch öfter.

est duplex: cujus altera directo et veri et justi, et, ut dicitur, aequi et boni ratione defenditur; altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet, quod in beneficio gratia, in injuria punitio nominatur. Atque haec communia sunt naturae atque legis.

In dieser Stelle wird zunächst das gesammte Recht in natura und lex, d. i. in jus naturale und jus civile, und sodann jedes von Beiden entsprechend der in §. 3. dargelegten dichotomischen Eintheilung des Plato anderweit in jus divinum und jus humanum zerlegt. Dem jus divinum entspricht sodann wiederum die religio, dem jus humanum dagegen die aequitas. Diese aequitas nun, welche ebensowohl das naturale, wie civile jus humanum beherrscht, umfaßt selbst wiederum einen doppelten Bestandtheil theils die vicissitudo referendae gratiae, welche beim beneficium zur gratia, bei der injuria zur punitio sich gestaltet, worüber vergl. §. 38. Note 295., theils endlich sowohl das verum et justum, wie dasjenige, was als aequum et bonum technisch bezeichnet wird (ut dicitur).

Sonach kehrt die aequitas in dieser Stelle zweimal in verschiedener Bedeutung wieder: als Oberbegriff, aequitas genannt, und als der Theil dieser aequitas, aequum et bonum benannt.

Gleiches gilt von der in §. 2. erörterten Top. 23, 90., wo aequitas das gesammte Recht in der von Plato gegebenen trichotomischen Classification umfaßt und ein Theil desselben, das jus humanum von Cicero wiederum in die justitia und aequitas zerlegt wird. Diese letztere Eintheilung in justitia und aequitas entspricht aber der obigen in das verum et justum und das aequum et bonum, obgleich die hier neben diesen beiden Bestandtheilen genannte vicissitudo referendae gratiae in Part. cit. nicht angegeben ist.

Endlich gleiche Bewandtniß hat es, wenn Cicero in der in §. 4. behandelten de Rep. I, 2. die justitia in die justitia und aequitas zerlegt, indem auch diese beiden dem verum et justum und aequum et bonum der Part. cit. entsprechen.

In diesem Unterbegriffe aequitas nun, der in Gemeinschaft mit der justitia i. e. S. die Sphäre des Oberbegriffes aequitas d. i. des jus oder der justitia in w. S., resp. des jus humanum umfaßt, erkannten wir in §. 9 sq. die juristische aequitas und

diese fällt somit gegenwärtig ganz außerhalb des Gesichtskreises unserer Untersuchung, während jener Obergriff der aequitas es ist, der fortan allein als der rechtsphilosophische Begriff unsere Aufmerksamkeit in Anspruch nimmt.

§. 6.

Die Stellung der rechtsphilosophischen aequitas zum Rechte wird von Cicero zunächst insofern verschieden angegeben, als in Top. 23, 90. dieselbe in Beziehung gesetzt wird zum jus im Allgemeinen, dagegen in Partit. 37, 129. lediglich mit dem jus humanum in Verbindung steht. Diesem Widerspruche messen wir indeß ein großes Gewicht nicht bei, weil er folgelos geblieben ist: vielmehr allenthalben da, wo Cicero von der justitia oder dem jus ohne Beziehung zu dessen Eintheilung in ein jus divinum und humanum spricht, — und dies ist die durchgreifende Regel, — wird diese aequitas, insoweit sie überhaupt zu Tage tritt, auch mit der justitia oder dem jus im Allgemeinen in Verbindung gesetzt.

Diese aequitas ist nun, wie wir bereits bemerkten, die ἰσότης des Aristoteles [6]), jedoch mit zwei dem Aristoteles theils fremden, theils bekannten Modificationen des ursprünglichen Begriffes. Wenn nämlich das aristotelische ἴσον von Vorn herein im Wesentlichen nur die nämliche Beziehung des Rechtes vertrat, welche als einem μέσον dem δίκαιον zukam, von hier aus aber bereits bei Aristoteles in jenem ἴσον die weitere veränderte Beziehung hervortrat, welche das Merkmal der Gleichheit als eine besondere, dem Rechte zukommende Eigenschaft auffaßte, so daß nunmehr das ἴσον neben dem μέσον ein zweites selbstständiges Merkmal des Rechtes bildete und das Letztere als ein

6) Plato definirt zwar nach Defin. p 411, e. die δικαιοσύνη auch als ἰσότης κοινωνική, allein diese Begriffsbestimmung erscheint ebensowohl als eine nur vereinzelte und beiläufige, wie sie auch ein lediglich abgeleitetes Merkmal enthält; vielmehr nimmt in seiner Rechtslehre die ἰσότης durchaus keine maaßgebende feste Stellung ein. Anders war dies bei den Stoikern, die den aristotelischen Rechtsbegriff in ihre Theorie einfügten: bei ihnen ist die ἰσότης nebst der εὐγνωμοσύνη ein Product der δικαιοσύνη, nicht aber ein Attribut des Rechtes selbst; Diogen. Laert. VII, 126. Stob. Ecl. Eth. II. p. 102. Heer.

Quantum, als ein μέσον characterisirte, welches theils als ein gleiches, theils in gleicher Maaße allen Rechtssubjecten zugesprochen ward (vergl. §. 25.); so hat Cicero, wie überhaupt wohl die gesammte spätere Wissenschaft (so namentlich Quintilian nach §. 47. Note 351.) in dem ἴσον des Aristoteles nicht jenes ursprüngliche Merkmal des Rechtes anerkannt, welches als das gleichmäßig von den beiden Extremen Abstehende mit dem μέσον zusammenfiel, sondern dasselbe als die hiervon verschiedene Eigenschaft des Rechtes aufgefaßt, welche das Letztere als ein Gleiches oder gleichmäßig Zukommendes characterisirt. Dagegen die dem Aristoteles fremde Modification bezüglich des ἴσον beruht darin, daß Cicero in dem jus nicht ein Quale und Quantum anerkennt, welches durch die lex den Personen zugesprochen wird, sondern, gleich uns, die Summe der Gebote, welche die lex aufstellt (vergl. §. 40.). Indem nun diesem in dem Gattungsmerkmale veränderten Begriffe des jus die Eigenschaft als ἴσον beigelegt wird, so gewinnt nun das Letztere eine veränderte Stellung zum jus [7]: es characterisirt das Recht als eine Norm, welche theils ein Gleiches, theils Etwas in gleicher Weise allen Personen zuerkennt. Hiermit aber gestaltet sich das ἴσον zum Ausdrucke eines besonderen Principes des Rechtes, der Gleichheit nämlich des Quale und Quantum, welches das Recht zuspricht, oder der Modalität, nach welcher das Recht Etwas zuerkennt, somit folgeweise zum Principe der Gleichheit der Rechtssubjecte vor dem Gesetze. In diesem Sinne nun erklärte Cicero das Recht für ein aequum oder par [8]) und legte demselben eine aequitas oder aequabilitas bei.

Endlich die Frage, ob wir diese Qualificirung des Rechtes in Wahrheit auf den aristotelischen Rechtsbegriff zurückzuführen befugt sind, kann bei der Stellung Cicero's zur griechischen Philosophie im Allgemeinen einem Zweifel nicht unterliegen und wird insbesondere noch unterstützt dadurch, daß Cic. de Rep.

7) Diese Modification läßt sich dahin feststellen, daß Cicero dem aequum die nämliche Beziehung zum jus beilegt, welche bei Aristoteles das ἴσον zum νόμος hatte.

8) Wegen par insbesondere vergl. de Inv. II, 22, 54.: par i. e. quod in omnibus aequabile est.

III, 7. den aristotelischen Begriff der justitia ausdrücklich dahin characterisirt: aequitatem in omnibus servat.

§. 7.

Die in §. 6. hervorgehobene Bedeutung von aequum und par, von aequitas und aequabilitas als der Bezeichnungen des Rechtsprincipes der Gleichheit in Beurtheilung der Rechtsverhältnisse, wie der Gleichheit der Personen vor dem Gesetze tritt deutlich wahrnehmbar hervor in Top. 4, 23.:

> Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat;

sodann in de Rep. III, 32.:

> Quare cum lex sit civilis societatis vinculum, jus autem legis aequale: quo jure societas civium teneri potest, cum par non sit conditio civium? Si enim pecunias aequari non placet; si ingenia omnium paria esse non possunt: jura certe paria debent esse eorum inter se, qui sunt cives in eadem re publica;

endlich in de Off. II, 12, 41. 42.:

> Quum premeretur inops multitudo ab iis, qui majores opes habebant, ad unum aliquem confugiebant virtute praestantem; qui quum prohiberet injuria tenuiores, aequitate constituenda summos cum infimis pari jure retinebat. Eademque constituendarum legum fuit causa, quae regum. Jus enim semper quaesitum est aequabile: neque enim aliter esset jus. Id si ab uno justo et bono viro, erant eo contenti. Quum id minus contingeret, leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur;

womit in Verbindung zu setzen sind de Rep. V, 2.:

> Nihil esse tam regale, quam explanatio aequitatis, in qua juris erat interpretatio;

Top. 2, 9.:

> Jus civile est aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas [9]):

9) Vergl. auch Auct. ad Herenn. III, 2, 3.: Justitia est aequitas, jus unicuique tribuens pro dignitate cujusque.

de Fin. V, 23, 65.:

animi affectio —— societatem conjunctionis humanae munifice et aeque tuens, justitia dicitur;

ferner de Off. II, 22, 78. und 79.:

Aequitatem, quae tollitur omnis, si habere suum cuique non licet; und: Quam autem habet aequitatem, ut agrum, multis annis aut etiam saeculis ante possessum, qui nullum habuit, habeat, qui autem habuit, amittat?

Ibid. II, 23, 83.:

Eaque est summa ratio et sapientia boni civis, commoda civium non divellere, atque omnes aequitate eadem continere;

de Orat. I, 42, 188.:

Sit ergo in jure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio;

de Inv. I, 2, 3.:

Profecto nemo nisi gravi ac suavi commotus oratione, cum viribus plurimum posset, ad jus voluisset sine vi descendere, ut inter quos posset excellere, cum bis se pateretur aequari.

Mit Rücksicht hierauf sagt daher Cicero auch de Off. I, 19, 64.: servare aequitatem, quae est justitiae maxime propria; in Cat. IV, 1, 2.: forum, in quo omnis aequitas continetur; de Off. II, 4, 15.: juris aequa descriptio; de Orat. II, 52, 209. und de Off. I, 25, 88.: aequabilitas juris; p. Caec. 25, 70., de Inv. I, 2, 2., 53, 102. und Auct. ad Herenn. III, 3, 4.: jus aequabile, wozu vergl. ad Quint. fr. I, 1, 20.; de Off. I, 34, 124.: aequum et par jus; de Leg. I, 18, 48.: aequitas et jus, womit in §. 19. correspondirt: aequalitas et justitia.

In allen diesen Fällen können wir, freilich theils mit größerer, theils mit geringerer Sicherheit, den aristotelischen Begriff des ἴσον und der ἰσότης durch die Ausdrücke aequum und par, aequitas und aequabilitas vertreten finden, wobei indeß zwischen den beiden letzteren noch die Verschiedenheit obzuwalten scheint, daß die aequitas zunächst die objective Beziehung: die Gleichheit in Beurtheilung der Rechtsverhältnisse, dagegen die aequabilitas zunächst die subjective Beziehung: die Gleichheit der Personen vor dem Gesetze repräsentirt, welches Letztere namentlich

in de Rep. durchgehends der Fall ist (z. B. I, 27.), wo die aequabilitas vornämlich zur Bezeichnung der politischen Gleichheit der Bürger wird [10]).

§. 8.

Ziehen wir nun endlich die Frage in Erwägung, ob dieser Begriff der aequitas in irgend welcher inneren Beziehung zu dem rechtsphilosophischen Systeme Cicero's oder zu der Rechtstheorie oder zur Rechtsanschauung der damaligen Zeit gestanden habe, so müssen wir dieselbe verneinen. Denn das Dogma von der aequitas des Rechtes ist den übrigen rechtsphilosophischen Lehren Cicero's nur angefügt, ohne mit denselben in irgend welchem Causalitätsverhältnisse zu stehen. Ebensowenig läßt sich irgend welche innere Beziehung dieser aequitas mit dem von der Jurisprudenz getragenen, in §. 8. ff. dargelegten Begriffe der aequitas entdecken, noch auch vermögen wir solche Beziehung gegenüber der vulgären aequitas anzunehmen. Dennoch dürfte eine Verbindung der letzteren Art von Cicero beabsichtigt gewesen sein in der Weise, daß derselbe mit Hülfe der aristotelischen ἰσότης die vulgäre aequitas wissenschaftlich zu construiren und zu einer philosophischen Bedeutung zu erheben unternahm. Allein da bei dieser Operation die von Cicero aufgestellte aequitas in einen selbstständigen philosophischen Begriff sich verwandelt, der mit der vulgären aequitas sich nicht verschmilzt, so erscheint jene philosophische aequitas lediglich als eine Schöpfung Cicero's, welche, weil sie, wie bemerkt, ohne inneren wesentlichen Zusammenhang mit dessen übrigen philosophischen Lehren steht und durch keinerlei nothwendige Consequenz mit denselben verbunden ist, andrerseits aber auch ohne Verbindung mit der Rechtstheorie und der vulgären Anschauung bleibt, eine nur untergeordnete Beachtung finden kann.

---

10) Der aequabilitas entspricht sonach ebensowohl die ἰσότης, wie insbesondere auch die ἰσονομία und ἰσηγορία; vergl. Niebuhr, röm. Gesch. II. Note 640. Beier ad Cic. de off. I. §. 88. Völlig irrig dagegen ist es, wenn Forcellini die aequitas mit der ἰσοτιμία identificirt.



Beilage II.

Ueber Cic. de Off. III, 17, 68. 69.

Zu §. 13.

§. 1.

Die in der Ueberschrift bezeichnete Stelle lautet folgendermaaßen:

Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias: leges, quatenus manu tenere possunt; philosophi, quatenus ratione et intelligentia. Suntne igitur insidiae, tendere plagas, etiam si excitaturus non sis feras, nec agitaturus? Ipsae enim, nullo insequente, saepe incidunt. Sic tu aedes proscribas, tabulam, tamquam plagam, ponas, domus propter vitia vendas; in eam aliquis incurrat imprudens. Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque turpe haberi, neque aut lege sanciri aut jure civili, tamen naturae lege sancitum est. Societas est enim („quod etsi saepe dictum est, dicendum tamen est saepius,) latissime quidem quae pateat, hominum inter homines; interior eorum, qui ejusdem gentis sunt; propior eorum, qui ejusdem civitatis. Itaque majores aliudi jus gentium, aliud jus civile esse voluerunt. Quod civile, non idem continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet. Sed nos veri juris germanaeque justitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus: umbra et imaginibus utimur: eas ipsas utinam sequeremur! feruntur enim ex optimis naturae et veritatis exemplis.

Daß man diese Stelle so häufig als Beleg einer Identität des jus naturae und jus gentium bei Cicero anführen und citiren konnte, beweist, gelind gesagt, eine starke Voreingenommenheit der Anschauung, zu deren Berichtigung es nur weniger Worte bedürfen würde, wenn nicht der Umstand, daß Cicero in jener Stelle in kurzen, scheinbar abgerissenen Sätzen und in offenbaren Gedankensprüngen sich bewegt, es angemessen erscheinen ließe, zuvor durch Darlegung des Zusammenhanges je-

ner Stelle deren Sinn bestimmter festzustellen und zum Abschluß zu bringen.

§. 2.

Der Zusammenhang und Sinn der fraglichen Stelle, wie dieser mit Rücksicht auf deren Umgebung in lib. III. de Off. zu bestimmen ist, ist folgender:

A. Es ist gegen die lex naturae (oder turpe oder der honestas zuwider) der dolus malus d. i.

I) Etwas wissentlich um des eigenen Vortheils willen zum Nachtheil des Anderen zu verschweigen, (dissimulatio) c. 12, 13.

II. durch Worte Jemanden zu übervortheilen, (simulatio) c. 14.

B. Beides ist auch verpönt durch das positive Recht, das jus civile (im Gegensatze zum jus naturae), c. 15, und zwar:

1) durch das prätorische Edict, nämlich durch die formulae des Aquillius über den dolus malus; denn wenn diese formulae gegen den dolus malus in der Weise, wie Aquillius diesen letzeren Begriff bestimmt, verwirklicht werden, so hat jener alle simulatio, wie dissimulatio aus dem Leben verbannt; c. 15, 60. in Verbindung mit c. 14, 60.

2) durch einzelne specielle Gesetze, wie durch die XII Tafeln bezüglich der Tutel und durch die lex Plaetoria; c. 15, 61.

3) ohne Gesetz und durch die mores bei allen arbitria; c. 15, 61.

Hieran nun knüpft sich eine Zwischenbemerkung über die schwankende Gränze des dolus malus, und die Anempfehlung, diesen im Leben so häufigen Fehler zu meiden; c. 15, 62—64.

4) durch die auctoritas ICtorum beim Verkaufe von Grundstücken; c. 16.

Hierauf folgt als weitere, ad I. und II. bezügliche, das Verhältniß des jus civile und naturale in Hinsicht auf die Reprimirung des dolus malus betreffende Zwischenbemerkung:

Dennoch und troz des gemeinschaftlichen Verbotes des dolus malus ist der Standpunkt der Jurisprudenz und Phisophie bei Bekämpfung jenes dolus ein verschiedener: die Juristen rügen die astutiae nur insoweit, als sie dieselben mit der Hand zu greifen vermögen; die Philosophen insoweit, als die ratio und intelligentia reicht. Die ratio aber gebietet, daß schlechterdings alle insidiae vermieden werden und verpönt daher auch,

den Anderen in unsere Schlingen gerathen zu lassen, auch wenn wir ihn nicht hineinlockten, c. 17, 68. Demgemäß ist solches Verfahren, wenn es auch in Folge der Corruptel der Sitten nicht durch das positive Recht (mores, lex und auctoritas Ictorum) verpönt ist, so doch durch die lex naturae in wahrhaft gesetzeskräftiger Weise untersagt; denn das gesellige Zusammenleben der Menschen umschließt ja ein mehrfaches Gemeinwesen: nicht bloß die societas gentis und civitatis, sondern auch die societas hominum, für welche letztere eben die lex naturae Rechtsgesetz und ordnende Regel ist. Und selbst die Vorfahren haben die Wahrheit dieser Verschiedenheit der societates schon anerkannt und demgemäß ein doppeltes Recht gesetzt: das jus civile für die gens [1]) und civitas, das jus gentium für das genus humanum, von denen das Letztere zugleich ein civile sein soll, während das Erstere ausschließlich ist. Dennoch aber (trotz dieser bindenden Kraft der lex naturae für uns, als die Glieder der societas hominum, und trotz der in der Constituirung des jus gentium kundgegebenen Anerkennung dieser societas Seitens unserer Vorfahren) kennen wir in diesem jus gentium ebenso-

---

1) Unter gens versteht Cicero hier wahrscheinlich die gens Itala, welche seit den leges Julia und Plautia Papiria in Folge der erlangten Civität, früher in Folge des innegehabten connubium und commercium, wie theilweis schon der civitas an dem jus civile Theil nahm. Die gens bezeichnet das Volk im weitesten, ethnischen Sinne und umfaßt die verschiedenen Volksstämme, die nomina oder nationes, welche selbst wieder aus mehreren Völkern im politischen Sinne, den populi oder civitates bestanden, so z. B. gens Itala, nomen Latinum, populus Laurentinus; vergl. Cic. de N. D. III, 39.: Deum non curare singulos homines, nec civitates, nec nationes, nec gentes; auch Tac. Germ. 2.: ita nationis nomen, non gentis evanuisse paulatim; ferner Cic. de leg. II, 13.: omnesque populi cunctaeque gentes, und weiterhin: tot nationes. In de Off. I, 17, 53. stellt Cicero ebenfalls abwärts schreitend neben einander gens, natio, lingua, wo die lingua in gleicher Maaße der gens, wie der natio attribuirt ist (vergl. §. 46.). Daß dabei der Umfang von gens je nach dem Gesichtspunkte des auctor ein verschiedener war, ist selbstverständlich; so sagt Cicero de Rep. III, 4.: aut Italiae Latium aut ejusdam Sabinum aut Volscam gentem. Vergl. endlich Gronov. ad Liv. V, 34, 5. Forcellini s. v. gens §. 3—5. und die daselbst citirten Autoren und Belege, wozu noch Ovid. Metam. II, 215., Quint. J. O. XII, 2, 3. (populi et gentes), sowie Sinnius Capito bei Festus p. 166. M., Justin. Praef. u. I, 1.

wenig, wie in dem jus civile die höchste Gerechtigkeit in ihrer wahren Gestalt, sondern lediglich deren schwaches und getrübtes Abbild, und auch dieses, welches selbst in seiner Unvollkommenheit noch anerkennenswerth ist, weil es den besten Vorschriften der lex naturae nachgebildet ist, wird nicht einmal von uns befolgt; c. 17, 69. denn wie schön lauten jene goldenen Worte: uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem! und: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione! wie endlich jenes: Ex fide bona! Allein ihre Bedeutung eben ist es, die das Leben in Frage stellt; c. 17, 70. Daher entsaget jener Weltklugheit, die sich für Weisheit ausgiebt, aber nur Afterweisheit ist! c. 17, 71.

5) durch das ädilicische Edict bei Veräußerung von Sclaven; c. 17, 71.

§. 3.

In der in Betracht gezogenen Stelle interessiren uns nun vornämlich drei Gruppen von Gegensätzen:

1) a. die leges beseitigen die astutiae nur annäherungsweise;
   b. die philosophi beseitigen solche durchgreifend;
2) a. weder mos, noch lex, noch jus civile reprobiren das tendere plagas;
   b. die lex naturae verpönt es;
3) a. das Recht, dessen wir uns bedienen, ist theils jus civile, theils jus gentium; dasselbe gleicht der umbra und den imagines des verum jus und der germana justitia; es ist entlehnt aus den optima naturae et veritatis exempla;
   b. wir kennen nicht das verum jus und die germana justitia (noch kennen wir die natura et veritas selbst im Originale).

Die Glieder unter a stellen sich nun dar lediglich als verschiedener Ausdruck des nämlichen Gedankens oder wenigstens als Ausdruck einer verschiedenen Beziehung des nämlichen Denkobjectes, und gleiches gilt von den Gliedern unter b. Insbesondere dienen hierbei die Ausdrücke: philosophi, lex naturae, verum jus zur Umschreibung des jus naturae, während dagegen die Bezeichnungen: leges, ferner mos, lex und jus civile, endlich

jus gentium und jus civile das jus civile [2]) im Gegensatze zum jus naturae umschreiben.

Hiernach aber wird das jus gentium mit seinem Gegensatze, dem jus civile ausdrücklich vom jus naturae ausgeschlossen und diesem direct gegenübergestellt, indem es vielmehr dem Gegensatze des Letzteren, diesem anderen jus civile überwiesen wird. Dieses jus civile selbst wird jedoch in der obigen Stelle ebensowenig, wie das jus naturae, namentlich bezeichnet, vielmehr lediglich durch die Eintheilungsglieder zweier ihm angehörigen Divisionen umschrieben, nämlich durch die Begriffsreihe von mos, lex und jus civile, welche aus der Eintheilung jenes jus civile nach der Modalität seiner äußeren Erscheinung und der Form seiner Constituirung als Recht sich ergiebt, sowie durch die Begriffsreihe von jus gentium und jus civile, welche durch die Eintheilung jenes jus civile nach dem Grunde seiner Herrschaft über das Rechtssubject bedingt ist.

Alle diese Momente aber thuen dar, daß aus der obigen Stelle weniger eine Identität von jus gentium und jus naturae, als vielmehr eine grundwesentliche Verschiedenheit Beider sich ergiebt.

---

2) Der Ausdruck jus civile kommt in obiger Stelle in einer vierfachen Bedeutung in Betracht:

1. Im Gegensatz zum jus naturae; dieser Begriff ist nicht durch den Ausdruck jus civile wiedergegeben, sondern durch leges umschrieben;
2. Im Gegensatze zum jus gentium; in den Worten: itaque majores — bis — non idem continuo gentium;
3. Im Gegensatze zu mos und lex, d. i. in der Bedeutung von auctoritas ICtorum;
4. Zur Bezeichnung des Rechtes, welches über die römischen Bürger herrscht, gleichviel ob dasselbe jus civile oder jus gentium ist. Diese Bedeutung giebt sich kund in den Worten: quod autem gentium, idem civile esse| debet, und sie ist insofern beachtenswerth, als sie die seltnere ist. Vergl. auch §. 14. Note 38.

Endlich der Ausdruck lex bedeutet in obiger Stelle die lex scripta, während der Ausdruck leges das gesammte jus civile inbegreift.

Beilage III.

Ueber die Begriffe von natura und naturalis in den juristischen Quellen.

Zu §. 53.

§. 1.

Der Ausdruck natura repräsentirt für sich allein, wie in der Verbindung von rerum natura in den römischen Quellen den dreifachen Begriff, den die deutsche Sprache damit verbindet, und erscheint demgemäß in der Bedeutung als Inbegriff theils alles Geschaffenen überhaupt: des Universum, theils der Sinnenwelt insbesondere: der physischen Natur, theils endlich als Inbegriff der den Dingen und Wesen zukommenden Merkmale und Eigenschaften: als Natur und Wesen der Dinge [1]).

Die erste Bedeutung von natura, welche insbesondere auch der φύσις der Stoiker zu Grunde liegt, findet sich, bedingt hierdurch, vornämlich häufig in den philosophischen Werken des Cicero; allein da sie, wie es scheint, in den juristischen Quellen nicht vorkömmt, so sehen wir, obgleich dieser Thatsache durchaus keine höhere Bedeutung, als der einer rein zufälligen Erscheinung beizumessen ist, doch auf Grund derselben bei unserer nachstehenden Erörterung von dieser ersten und weitesten Bedeutung des Ausdruckes natura vollständigst ab, nur die beiden anderen Bedeutungen als ausschließlich maaßgebend in's Auge fassend.

§. 2.

Die in unseren juristen Quellen vorherrschenden beiden Begriffe von natura gewinnen in Folge einer veränderten Richtung der Anschauung je zwei neue Bedeutungen, dadurch nämlich,

1) Vergl. wegen rerum natura Gloss. Labb.: Rerum natura, φύσις πραγμάτων, καὶ ἡ τοῦ παντὸς φύσις; hierin ist bezüglich des Ausdruckes rerum natura die dritte und erste der obigen Bedeutungen bezeugt. Ferner wird die zweite der im Texte angegebenen Bedeutungen in den juristischen Quellen namentlich durch die Redensart in rerum natura esse, die dritte derselben durch den Ausdruck per rerum naturam vertreten. Vergl. unten §. 2.

daß man theils jene Begriffe von der Gesammtheit ihrer Objecte auf einzelne Gattungen, Arten und Individuen derselben überträgt, theils daß man mit jenen Begriffen die Vorstellung einer ordnenden Regel verbindet und so der natura die Bedeutung einer lex naturae unterlegt. Hierdurch ergeben sich zwei Gruppen von je drei Begriffen, deren jede von einer der obigen beiden Bedeutungen des Ausdruckes bestimmt und beherrscht wird. Demgemäß statuiren wir daher folgende Bedeutungen von natura:

I. 1) Inbegriff der Sinnenwelt: physische Natur;
   2) Physische Beschaffenheit eines Naturdinges;
   3) Gesetz der Sinnenwelt: Naturgesetz.

II. 1) Inbegriff der Merkmale und Eigenthümlichkeiten der Dinge und Wesen: Natur der Dinge oder Natur der Sache;
   2) Inbegriff der Merkmale und Eigenthümlichkeiten eines Dinges oder Wesens: Natur, Wesen des Dinges oder Wesens;
   3) Die aus der Natur im Sinne unter 1. u. 2. sich ergebende, ordnende Regel: das durch die Natur der Dinge gegebene Gesetz, die ratio naturalis, lex naturae, wie das jus naturale.

Von beiden Grundbedeutungen erscheint die unter II. als die weitere, da die Natur eines Dinges in diesem Sinne nicht allein die durch die Gesetze seiner Entstehung, Fortdauer und seines Unterganges, wie seiner Organisation und Entwickelung bedingten Eigenthümlichkeiten und Merkmale umfaßt, sondern unter jenen Begriff auch andere Eigenschaften und Besonderheiten der Dinge fallen, welche nicht unmittelbar aus dem Naturgesetze hervorgehen, sondern entweder in Folge äußerer Einwirkung zu den Dingen hinzutreten, oder in Folge eigener, mehr oder minder selbstständiger Entwickelung in den Dingen selbst sich bilden und hervortreten.

Zunächst nun die Bedeutungen unter I. betreffend, welche für unseren Standpunkt von geringerer Wichtigkeit sind, so bieten für dieselben mannichfache Belege die von Brissonius de Verb. Sign. s. v. Natura gesammelten Stellen; indem wir daher

im Allgemeinen hierauf verweisen, so geben wir als beispielsweise Belege nachstehende Stellen:

für 1.: Gajus lib. 2. Aureor. (l. 28. §. 1. D. de usur. 22, 1.):

Omnes fructus rerum natura hominum gratia comparavit,

wie die Redensart in rerum natura esse, worüber die Belege gesammelt sind von Brisson l. c. §. 4. 5;

für 2.: Paulus lib. 17. ad Edict. (l. 12. §. 2. D. de jud. 5, 1.):

Quidam — impediuntur, ne judices sint, — natura, ut surdus, mutus,

sowie Labeo bei Paulus lib. 49. ad Edict. (l. 2. §. 6. D. de aqu. 39, 3.):

Naturam agri ipsam a se mutari posse (ex. gr. terrae motu);

für 3.: Ulpian. lib. 53. ad Edict. (l. 1. §. 1. 13. D. eod.):

Natura aqua nocet; aqua natura fluit.

Dagegen die Bedeutung unter II., welche wir bereits bei Cicero anerkannten[2], gewinnt in den juristischen Quellen insbesondere für unsere Anschauung das höchste Interesse dadurch, daß auf die natura in diesem Sinne das jus naturale der Römer fundirt ist, worüber vergl. §. 53 sq. Demgemäß findet die natura in diesem Sinne eine zahlreiche Vertretung in unseren Quellen und für jede der durch diesen Wortsinn bedingten drei Specialbedeutungen lassen sich vielfältige Belege geben. Indem wir in dieser Beziehung auf die in §. 53 sq. angegebenen Stellen verweisen, so mögen hier wenigstens als beispielsweise Belege Platz finden:

für 1.: Paulus lib. 54. ad Edict. (l. 3. §. 5. D. de poss. acqu. 41, 2.):

Contra naturam est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris,

Javolenus lib. 1. Epist. (l. 23. §. 2. D. de acqu. poss. 41, 2.):

Neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possim, quem civiliter in mea potestate non habeo,

sowie die Ausdrucksweise per rerum naturam, wofür die Stellen gesammelt sind von Brisson. l. c. §. 6.;

für 2.: Marcianus lib. 7. Instit. (l. 65. §. 3. D. de leg. III.):

Ornatricibus legatis, Celsus scripsit, eas, quae duos tantum menses apud magistrum fuerint, legato non cedere; alii et

2) Vergl. §. 37. Note 262.

has cedere, ne necesse sit, nullam cedere, quum omnes adhuc discere possint, et omne artificium incrementum recipiat. Quod magis obtinere debet, quia humanae naturae congruum est.

für 3.: Ulpianus lib. 47. ad Edict. (l. 42. D. de V. S. 50, 16.):
Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam — — more civitatis.

§. 3.

In der unter II, 2. angegebenen Bedeutung insbesondere ist natura, auf Verhältnisse bezogen, gleichbedeutend mit status, in welchem Sinne auch beide Ausdrücke verbunden werden von Papinianus lib. 27. Quaest. (l. 9. §. 1. D. de duob. reis 45, 2.):

Statum et naturam obligationis —— mutare non potest;

wie auch verwandt mit forma und modus, nach Celsus lib. 7. Dig. (l. 48. §. 2. D. mand. 17, 1.), Paulus lib. 3. ad Edict. (l. 27. §. 2. fin. D. de pact. 2, 14.) und §. 13. J. de mand. 3. 26., respective nach Paulus lib. 4 Respons. (l. 26. §. 1. D. depos. 16, 3.); dagegen wird andrerseits die natura von der materia und substantia geschieden und derselben entgegensetzt[3]), so von Gajus lib. 10. ad Edict. prov. (l. 35. §. 2. D. de contr. emt. 18, 1.):

De his vero, quae mixta aliis materiis adeo nocendi naturam deponunt, ut etc.

Paulus lib. 2. ad Vitell. (l. 78. §. 4. D. de leg. III.):

Illud fortasse quaesiturus sit aliquis, cur argenti appellatione etiam factum argentum comprehendatur, quum si marmor legatum esset, nihil praeter rudem materiam demonstratum videri posset. Cujus haec ratio traditur; quippe ea, quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa, nunquam vires ejus effugiant;

vergl. auch Gaj. Inst. 2, 79[4]).

---

3) Vergl. Thomas Magist. verb. Attic. Ecl. p. 904. Bernh. φύσις οὐσίας διαφέρει· οὐσία μὲν γάρ ἐστιν ἡ ἑκάστου ὕπαρξις· φύσις δὲ ἡ ἐνοῦσά τινι δύναμις. οἷον, φύσις τῆς γῆς τὸ βλαστάνειν βοτάνας, καὶ φύσις τοῦ πυρὸς τὸ θερμαίνειν (Natura a materia discernitur. Materia enim est ipsa cujusque rei substantia; natura autem vis, quae cuique rei inest. Sic natura terrae est proferre herbas, et natura ignis calefacere).

4) Dieser Unterschied von substantia und natura beschränkt sich nicht

und hierauf beruht es auch, daß in der so häufigen Wortverbindung: natura sui [5]) die Natur und das Subject selbst, dem jene attribuirt wird, als zwei selbstständige Begriffe unterschieden werden.

Ebenso wird unterschieden die natura und qualitas des Dinges, so von

Gajus Inst. 4, 66:

> Non omni modo vinum cum vino, aut triticum cum tritico compensandum, sed ita, si ejusdem naturae qualitatisque sit;

pr. I. quib. mod. re contr. 3, 14.:

> In hoc damus, ut aliae ejusdem naturae et qualitatis (sc. res) reddantur [6]);

wo qualitas die dem Individuum innerhalb des genus zukommenden besonderen Merkmale und Eigenschaften bezeichnet, während natura die Besonderheit des genus bezeichnet, daher in jener Stelle des Gajus natura auch synonym mit genus gebraucht wird in den Worten:

> In compensationem hoc solum vocatur, quod ejusdem generis et naturae est.

Auch findet sich die qualitas besonders characterisirt und neben der natura, als dem Allgemeineren, hingestellt, wie von

Gaj. Inst. 3, 193:

> Ejus magnitudinis aut naturae sit, ut neque subjici, neque ibi imponi possit.

---

bloß auf körperliche Gegenstände, sondern geht auch auf unkörperliche; so bezeichnet substantia obligationis das Object der Obligation, so Papinianus lib. 10. Quaest. (l. 72. pr. D. de contrah. emt. 18, 1.), Scaevola lib. 2. Quaest. (l. 6. D. de S. C. Maced. 14, 6.), Paulus lib. 2. Instit. (l. 3. pr. de O. et A. 44, 7.), Diocletianus et Maximianus in l. 8. C. de rescind. vend. 4, 44. und in l. 3. C. de contr. emt. 4, 38., während natura obligationis die Gesammtheit der Eigenthümlichkeiten und Merkmale der Obligation bezeichnet; vergl. §. 53. und 57.

5) So bei Paulus lib. 72. ad Edict. (l. 83. §. 5. D. de V. O. 45, 1.), lib. 13. ad Plaut. (l. 13. D. de usu et usufr. leg. 33, 2.), Ulpian. lib. 70. ad Edict. (l. 1. §. 4. D. de stip. praet. 46, 5.), lib. 13. ad l. Jul. et Pap. (l. 10. §. 1. D. test. quemadm. ap. 29, 3.); so auch bei Macrob. in Somn. II, 1 fin. Zweifelhaft ist die Lesart bei Paulus lib. 12. ad Sabin. (l. 2. pr. D. de V. O. 45, 1.)

6) In der Originalstelle bei Gaj. 3, 90. steht indeß nur: ut aliae ejusdem naturae reddantur.

wie andrerseits auch die quantitas von der natura unterschieden wird, so von

Justinianus in l. 1. C. de sentent. quae pro eo 7, 47:

In omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus, et locationibus, et omnibus contractibus, etc.

§. 4.

Das Merkmal, daß ein Verhältniß, oder eine Regel oder eine Benennung u. dergl. der Natur entspricht, durch dieselbe geboten erscheint und auf derselben beruht, wird durch die Ausdrücke naturalis oder naturaliter bezeichnet. Innerhalb der durch diese Begriffsbestimmung gegebenen Gränzen erheben sich jedoch mannichfache Zweifel über den Sinn dieser Ausdrücke, Zweifel, welche namentlich auf die drei Fragen sich reduciren: ob von den in §. 2. statuirten Bedeutungen von natura die unter I. oder unter II., welche sodann von jeder der drei Unterbedeutungen maaßgebend sei; endlich insbesondere noch, welches der leitende Gesichtspunkt ist, von welchem aus eine derartige Prädicirung erfolgt.

Die erste Frage, ob naturalis lediglich die Uebereinstimmung mit der physischen Natur oder mit der Natur der Dinge bezeichne, ist je nach dem Gegensatze, in welchem das naturale gedacht oder gesetzt ist, zu beantworten. Dieser Gegensatz selbst ist aber in der Hauptsache ein doppelter und zwar zunächst in der Weise gegeben, daß dem naturale das durch die Kunst, wie überhaupt durch die Thätigkeit des Menschen oder durch äußere Einflüsse im Allgemeinen Entstandene oder Herbeigeführte gegenübergestellt wird. In diesem Gegensatze wird z. B. gesagt: naturalis cursus fluminis, naturalis agger, interitus, feritas, libertas [7]) u. dergl., indem hier das naturale lediglich das durch die physische Natur oder durch das Naturgesetz Gegebene bezeichnet.

Den anderen Gegensatz bildet das civile, justum, legitimum, ebenso wie auch jus und lex in Gegenüberstellung zur natura erscheinen [8]). In diesem Gegensatze ist stets die natura in wei-

7) Vergl. Brisson. s. v. naturalis.

8) So z. B. Et jus et natura bei Javolenus lib. 9. ex. Cassio (l. 14. §. 1. D. de interrog. 11, 1.); lex aut natura bei Gajus III, 194.; lex, natura, mores bei Paulus lib. 17. ad Edict. (l. 12. §. 2. D. de jud. 5, 1.).

terem Sinne, die Natur der Dinge der maaßgebende Begriff, obwohl innerhalb desselben der demselben mit anheimfallende Begriff der physischen Natur bald mehr hervortritt, so z. B. in der Bezeichnung pater naturalis für den Stuprator, bald ganz verschwindet, wie in der Bezeichnung obligatio naturalis.

Die zweite jener Fragen, welche der in §. 2. angegebenen drei Bedeutungen innerhalb der durch die Begriffe unter I. oder II. bedingten Gränzen maaßgebend sei, erscheint weder von erheblicher Bedeutung, noch lassen sich dafür abstracte Regeln geben, indem lediglich je nach der Anschauung, die im einzelnen Falle den Juristen leitete, diese Frage entschieden werden kann. Daher lassen wir diese Frage auf sich beruhen.

Endlich die dritte der obigen Fragen, welcher Gesichtspunkt bei der fraglichen Prädicirung maaßgebend sei, taucht lediglich insofern auf, als naturale im Gegensatze zu civile, justum oder legitimum steht, und wird in §. 5. zur Erledigung gebracht werden.

§. 5.

Naturale im Gegensatze zum civile, justum, legitimum bezeichnet das Merkmal, daß etwas auf der natura rerum oder der ratio naturalis oder dem jus naturale beruht. Diese Beziehung des gedachten Objectes zur natura wird aber von den römischen Juristen in zwiefacher Modalität aufgefaßt, und damit der obigen Eintheilung selbst eine zwiefältige Bedeutung untergelegt. Den leitenden Gesichtspunkt nämlich, welcher als Eintheilungsgrund den Sinn der obigen Eintheilungsglieder bestimmt, bildet entweder der Ursprung des in Betracht gezogenen Verhältnisses oder Begriffes, oder dessen rechtliche Wirkung. Faßt daher der Redende im Hinblick auf die natura rerum ein Rechtsinstitut oder einen Rechtsbegriff in Bezug auf seinen Ursprung und seine Herleitung aus derselben in's Auge, so wird ohne Rücksicht auf die etwaige Realisirung des betreffenden Rechtsinstitutes durch das positive Recht, alles der natura rerum Entstammte als naturale bezeichnet, während dann, wenn der Zweite der obigen Gesichtspunkte obwaltet, wiederum ohne besondere Rücksicht auf die Herleitung der Rechtsinstitute diejenigen derselben als naturale bezeichnet werden, welche der vom jus civile statuirten rechtlichen Wirkungen entbehren, während andrerseits

jedes mit solchen bekleidete Verhältniß als civile, justum oder legitimum bezeichnet wird.

Dieser durch jene Duplicität des Eintheilungsgrundes bedingte doppelte Sinn der Eintheilungsglieder erklärt und bedingt zu gleicher Zeit, daß ein und das nämliche Rechtsinstitut je nach dem einen Gesichtspunkte der natura rerum überwiesen, nach dem anderen wiederum entzogen und dem jus civile untergeordnet wird, daher zugleich naturale und civile ist, ohne daß hierin irgend welcher Widerstreit oder eine Meinungsverschiedenheit sich offenbarte.

In letzter Instanz wurzelt diese doppelte Auffassung der hier in Frage stehenden Eintheilung in der in §. 58. hervorgehobenen doppelten Vorstellung von jus civile und jus naturale, indem der durch den Hinblick auf den Ursprung des Rechtsinstitutes sich ergebende Sinn von naturale, wie von civile, justum und legitimum einzig und allein bedingt ist von der durch gleiche Rücksicht an die Hand gegebenen Auffassung des jus naturale und civile. Insoweit dagegen für die Bedeutung von naturale, wie civile und dergl. der rechtliche Effect des Rechtsinstitutes den maaßgebenden Gesichtspunkt bildet, steht diese Eintheilung in der innigsten Relation mit der Idee einer Zerlegung des Rechtes, bei der dies Vorhandensein oder der Mangel einer äußeren rechtsconstituirenden Form den Sinn der Begriffe von jus naturale und jus civile bestimmt, indem gerade auf dieser rechtsconstituirenden Form der Satzung selbst jener rechtliche Effect des Institutes beruht.

Indem daher zwischen jener doppelten Auffassung von naturale und civile, justum, legitimum einestheils, wie von jus naturale und jus civile anderntheils ein nothwendiger innerer Causalnexus obwaltet, so können wir je beide Erscheinungen ebensowohl als die nothwendige Folge, wie als die wesentliche Voraussetzung der anderen auffassen, wenn schon, wie wir bereits in §. 58. hervorhoben, die Bezeichnungen jus naturale und civile selbst in unseren Quellen nicht als Ausdruck jener Vorstellung sich vorfinden, welche das Recht nach der äußeren Form seiner Erscheinung in's Auge faßt und eintheilt.

§. 6.

Das geeignetste Beispiel jener doppelten Bedeutung der Bezeichnung naturale bietet der Ausdruck obligatio naturalis [9], der in nachstehendem vierfältigen Sinne sich vorfindet [10]):

a. zur Bezeichnung von Obligationen, die der Klagbarkeit ermangeln, wohl aber die soluti retentio und einzelne andere Rechte begründen; dies ist der vorherrschende Sinn des Ausdruckes, wie sich derselbe z. B. bei Papinianus lib. 28. Quaest. (l. 95. §. 4. D. de solut. 46, 3.) findet.

b. zur Bezeichnung von Obligationen, die an sich klagbar, allein durch eine Exception elidirt werden können, dennoch aber durch die der Classe unter a zukommenden Rechtsbehelfe geschützt sind und sonach im Effecte dieser Classe selbst gleichstehen; so z. B. bei Paulus lib. 30. ad Edict. (l. 10. D. de S. C. Maced. 14, 6.).

c. zur Bezeichnung von Verbindlichkeiten moralischer Natur, so z. B. bei Ulpianus lib. 15. ad Edict. (l. 25. §. 11. D. de hered. pet. 5, 3.). lib. 26. ad Edict. (l. 26 §. 12. D. de cond. ind. 12, 6.).

d. zur Bezeichnung von Obligationen, welche mit voller civilrechtlicher Wirkung versehen sind, wie z. B. das mutuum, die dos; vergl. §. 59. Note 488.

Diejenigen Obligationen, welche die Classe unter d bilden, stehen mit als obligationes civiles den unter a, b und c begriffenen obligationes naturales entgegen, indem bei diesen letzteren drei Classen den leitenden Gesichtspunkt und Eintheilungsgrund nur der rechtliche Effect und die Wirkung der Obligationen bilden kann, weil der durch die Herleitung derselben je aus dem jus civile oder jus naturale gegebene Gesichtspunkt das mu-

9) Dafür findet sich auch die Umschreibung: jure naturali obligari, so bei Licin. Rufinus lib. 8. Regul. (l. 59. D. de O. et A. 44, 7.).

10) Vergl. Schilling, Inst. §. 229. Das Hereinziehen der obligatio honoraria in die durch die obligatio civilis und naturalis gebildete Begriffsreihe, welches sich bei Marcian. Lib. sing. at form. hypoth. (l. 5. D. de pign. 20, 1.), Ulpian. lib. 27. ad Edict. (l. 1. §. 6. 7. 8. D. de pec. const. 13, 5.) findet, zeugt von Begriffsverwirrung, da jener Begriff der Sphäre einer wesentlich verschiedenen Eintheilung angehört.

tuum entschieden nicht, wie dies in Bezug auf die Classificationen unter a—c der Fall ist, den obligationes civiles unterordnen würde, ein dritter Eintheilungsgrund hierbei aber füglich gar nicht denkbar ist.

Andrerseits kann der Eintheilungsgrund, welcher in seinem Eintheilungsgliede die Classe der obligationes naturales unter d, gleichzeitig jedoch auch die Classen unter a, b und c umfaßt, nur durch Inbetrachtnahme der materialen Quelle der Obligationen bestimmt sein.

§. 7.

Der in §. 5. hervorgehobene doppelte leitende Gesichtspunkt bei der Eintheilung der Rechtsinstitute und Begriffe in naturales und civiles oder dergl. macht sich nun innerhalb dieser Terminologie durchgreifend geltend. Insbesondere gehören zu denjenigen Eintheilungen, wo der rechtliche Effect der betreffenden Verhältnisse in's Auge gefaßt ist, nachstehende Gegensätze [11]):

Die Bezeichnung der zwischen Sclaven oder zwischen Sclaven und Freien, wie der auf dem Concubinate oder auf einem Stuprum, wie überhaupt nicht auf einer römisch-rechtlichen Ehe beruhenden Verwandtschaft durch naturalis im Gegensatze zu der durch das jus civile begründeten Verwandtschaft als der civilis, legitima, justa; so in den Gegensätzen cognatio naturalis und civilis, liberi naturales und legitimi, pater naturalis und justus, frater, filia naturalis und dergl. Vergl. Schilling, Inst §. 39. Note f. u. m.

Die Bezeichnung der cognatio als naturalis, der agnatio als civilis, so Paulus lib. sing. de grad. et affin. (l. 10. §. 4. D. de grad. 38, 10.):

> alterum enim (sc. agnatorum) civile, alterum (sc. cognatorum) naturale nomen est.

Die Eintheilung des Besitzes in possessio civilis und naturalis, worüber vergl. Savigny, Besitz § 7. 10. Puchta, Pand. §. 124. Note e.

Endlich die Eintheilung des Alters in φυσικόν und ἔννομον bei Theophilus; s. §. 102.

---

11) Vergl. Brissonius de Verb. Sign. s. vv.

Dagegen zu denjenigen Eintheilungen, bei welchen der Ursprung des betreffenden Verhältnisses oder Begriffes maaßgebend war, gehört:

Der Gegensatz der leiblichen Verwandtschaft, als der naturalis, zur Adoptivverwandtschaft, welche jedoch regelmäßig durch adoptivum bezeichnet wird; so z. B. cognatio, familia, avus, pater, nepos naturalis, liberi, parentes naturales im Gegensatz zu den adoptivi; vergl. Schilling Inst. §. 39. Note k. und m.

Die Scheidung der solutiones obligationis in naturales und civiles bei Pomponius lib. 2 Enchirid. (l. 107. D. de solut. 46, 3.):

> Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur, aut civiliter: naturaliter veluti solutione — —; civiliter veluti acceptilatione: wozu vergl. Marcianus, lib. sing. ad hypoth. form. (l. 49. D. de solut. 46, 3.).

Die Eintheilung des Eigenthumes, der Modus des Eigenthumserwerbes, und der Manumissionsarten in φυσικόν und ἔννομον bei Theophilus; s. §. 102.

Die Bezeichnung modus civilis acquisitionis in §. 4. I. de donat. 2, 7., wozu allerdings der entsprechende Gegensatz fehlt.

Die Eintheilung der bonorum appellatio in eine naturalis und civilis bei Ulpian. lib. 59. ad Edict. (l. 49. D. de V. S. 50, 16.).

Endlich die Gegensätze von naturalis und civilis ratio, jus naturale und civile, wie die Scheidung der aequitas in eine naturalis und civilis bei Labeo in Ulpian. lib 37. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. si is qui testam. lib. 47, 4.).

Rein singulär endlich erscheint die einer trichotomischen Eintheilung entsprechende Scheidung der cognatio in eine naturalis per se, civilis per se und utroque jure consistens bei Modestinus lib. 12. Pandect. (l. 4. §. 2. D. de grad. 38, 10.).

Beilage IV.

Ueber den Begriff von ratio in den juristischen Quellen.

Zu §. 53 ff.

§. 1.

Die Bedeutungen des Ausdruckes ratio sind, wie in den römischen Quellen im Allgemeinen, so auch in den juristischen Ueberlieferungen insbesondere so mehrfältig, daß an eine erschöpfende Erörterung derselben hier nicht gedacht werden kann. Eine Beziehung dieses Begriffes jedoch, welche vornämlich in den Rechtsquellen stark und häufig hervortritt, nimmt unsere Aufmerksamkeit in höherem Grade in Anspruch, weil der Gang der Erörterung unseres Werkes uns mehrfach auf diese specielle Bedeutung hinlenkte, und sie ist es, welche in der gegenwärtigen Specialuntersuchung festgestellt werden soll.

Die ratio erscheint nämlich in den Rechtsquellen häufig wiederkehrend in folgenden Verbindungen: ratio admittit, deposcit, desiderat, ducit, efficit, facit, patitur, permittit, poscit, postulat, suadet, trahit; rationis est; rationi congruit, congruens est; rationem habet; ratione constituitur, fit, inducitur, servatur, und ähnlich [1]). Wenn wir nun in derartigen Verbindungen die ratio wiederum entweder ohne oder mit einer regelmäßig wiederkehrenden näheren Characterisirung gebraucht finden, so ist es der erstere dieser beiden Fälle, den wir zunächst in §. 2. in's Auge fassen.

§. 2.

In den obigen Verbindungen mit den angegebenen Zeitwörtern nimmt die ratio die Stellung einer die Verhältnisse der Menschen ordnenden Potenz ein, die ebensowohl bindende Normen für den Menschen producirt, als auch selbst die Bedeutung einer die menschlichen Verhältnisse regelnden Norm in sich trägt. Das Merkmal ordnende Potenz innerhalb des Rechtsgebietes

1) Vergl. Brisson. de Verb. Sign. s. v. Ratio, sowie §. 53. not. 425. 426. §. 57. bei not. 461. §. 58. not. 470. §. 68. not. 534. §. 99. not. 628.

zu sein, ist somit gemeinsames Criterium der ratio in allen jenen Verbindungen. Allein innerhalb der durch diese Bestimmung gegebenen Gränzen kann der Begriff und das Wesen selbst dieser Potenz wiederum total verschieden sein, indem sich, bedingt durch die lexicalischen Regeln, vier Bestimmungen darbieten, welche bei Gleichheit und Einheitlichkeit jener Wirkung eine Vierfältigkeit des Begriffes ratio an die Hand geben. Hiernach kann die ratio bezeichnen theils den Grund, theils die Rücksichtnahme auf Etwas, theils die menschliche Vernunft, theils eine von dieser subjectiven Beziehung abgelöste und auf eine dingliche Basis gestützte, daher objective Vernünftigkeit.

Zunächst den letzteren Begriff betreffend, so mangelt unserer Sprache der entsprechende Ausdruck und Begriff dafür; denn die ratio erscheint in diesem Sinne als eine den Verhältnissen selbst und den wechselseitigen Beziehungen der Dinge und Wesen immanente Potenz, der nicht allein eine Uebereinstimmung mit den Anforderungen der Vernunft beigelegt, die vielmehr selbst als eine Intelligenz aufgefaßt wird, welche außerhalb des Menschen ihren Sitz hat, und vermöge eigener, innerer Kraft innerhalb ihres Gebietes Gesetze erzeugt und conservirt, somit selbst als Gesetz sich manifestirt, gerade um deßwillen aber als vernunftvolle ordnende Kraft sich darstellt. Wenn daher die ratio in diesem Sinne um ihrer Wirkung und ihrer Stellung willen noch am Meisten dem ähnelt, was wir unter einem Principe verstehen, so begreift sie doch zugleich noch ein Mehreres in sich, als dieses, insofern als das Letztere zwar ebenfalls vernunftentsprechende Sätze producirt und selbst vernunftentsprechend ist, gleichwohl aber nicht das Merkmal eigener Vernunft und Intelligenz an sich trägt, welches jener ratio der römischen Juristen zukömmt. Das nämliche Merkmal, eine Intelligenz und vernünftige ordnende Kraft zu sein, characterisirt die ratio, als menschliche Einsicht aufgefaßt, nur daß hier die ordnende Kraft zum Attribute des Menschen, zum intellectuellen Vermögen desselben sich gestaltet. Als Grund aufgefaßt, wohnt dieser ordnenden Kraft nicht eine eigene Intelligenz inne, vielmehr wirkt sie nur gleich jenen Intelligenzen und zwar in Folge eines gegebenen Gesetzes, welches ihre Wirkung a priori unabweichbar bestimmt und hierdurch als ordnende Kraft für

die Rechtsverhältnisse sie erscheinen läßt, indem die durch sie bestimmte und aus ihr mit innerer Nothwendigkeit hervorgehende Wirkung als regelnde Norm auf die Rechtsverhältnisse übertragen wird. Endlich als Rücksichtnahme auf Etwas gedacht, ist die ratio weder selbst eine Intelligenz, noch auch ganz eigentlich eine ordnende Kraft, indem sie den Act einer geistigen Thätigkeit und die Kundgebung eines intellectuellen Vermögens bezeichnet. Insofern jedoch als aus solcher Thätigkeit die ordnende Regel hervorgeht, läßt sich im Wege der Abstraction auch diese ratio selbst in diesem Sinne als ordnende Potenz auffassen.

Von diesen vier möglichen Bedeutungen ist nun in den in §. 1. in Frage gezogenen Verbindungen das Vorkommen der Bedeutung von Grund erweisbar, so z. B. bei Julianus in Ulpian. lib. 41. ad Edict. (l. 1. §. 11. D. de ventr. in poss. 37, 9.):

> Rationem non esse, cur venter — — repelli debeat. Est enim aequissimum etc.

sowie bei Gajus lib. 1. de Verb. Obl. (l. 70. §. 5. D. de fidej. 46, 1.):

> Poenas ob maleficia solvi, magna ratio suadet.

Ingleichen ist die Bedeutung von Rücksichtnahme auf Etwas erweisbar, so z. B. bei Paulus lib. 9. ad Plaut. (l. 8. fin. D. de aur. argent. 34, 2.):

> Demonstratio „muliebria (sc. ornamenta)“ neque vesti, neque mundo applicari, salva ratione recti sermonis, possit.

Die Bedeutung als intellectuelles Vermögen des Menschen oder, was nach römischer Auffassung dem gleichsteht, als concreter Kraftäußerung dieses Vermögens, läßt sich ebenfalls belegen, so durch Celsus lib. 23. Dig. (l. 39. D. de legg. 1, 3.):

> Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet [2];

indem in dieser Stelle insbesondere der Parallelismus von error und ratio auf eine subjective Beziehung des letzteren Ausdruckes hinweist.

---

2) Wenn Savigny System I. §. 25. ad not. d. und Beilage II. p. 424. Puchta, Gewohnheitsr. I. p. 61. 81. in dieser Stelle die ratio für die gemeinsame Ueberzeugung von der Wahrheit und Nothwendigkeit einer Regel erklären, so liegt selbstverständlich dieser Sinn dem Ausdrucke an sich nicht inne, sondern tritt nur in Folge der ihm gegebenen sachlichen Beziehung zu demselben hinzu.

Endlich der Begriff der objectiven Vernünftigkeit, der objectiv-vernünftigen ordnenden Kraft läßt sich gleichfalls in obigen Verbindungen nachweisen, so z. B. bei Papinian. lib. 19. Quaest. (l. 67. §. 3. D. de leg. II.).

Is qui heres scriptus est, ratione doli exceptionis ceteris fideicommissum petentibus facere partem intelligitur; nam quae ratio ceteros admittit, eadem tacitam inducit pensationem[3]).

Nach Alle dem nun haben wir anzuerkennen, daß in den in Frage gezogenen Wortverbindungen a priori jede der festgestellten vier Bedeutungen inwohnen kann. Dagegen die Frage, welche dieser Bedeutungen je in den einzelnen Stellen wirklich maaßgebend sei, dafür lassen sich in abstracto keine durchgreifenden Regeln aufstellen, vielmehr ist dieselbe lediglich danach zu entscheiden, welche Vorstellung in concreto bei dem betreffenden Juristen maaßgebend war. Wenn schon nun nach dem durch die Wortfügung gebotenen Sinne der betreffenden Sentenz in vielen Fällen völlige Zweifellosigkeit über den Sinn des Ausdruckes ratio erlangt werden wird, so wird doch in vielen anderen Fällen dem Zweifel ein Raum bleiben, und namentlich gilt dies insofern, als mit der Bedeutung der ratio als menschlicher Vernunft und Einsicht häufig die damit auf's Innigste verwandte Bedeutung einer dinglichen Vernünftigkeit concurriren wird. In allen solchen Fällen aber, wie z. B. bei Africanus lib. 5. Quaest. (l. 88. §. 1. D. ad l. Falc. 35, 2.):

Rationi non congruit, quando necesse est, totius legati conditionem vel existere vel deficere;

sowie (l. 108. §. 10. D. de leg. I.):

Qui V in arca habebat, ita legavit: — — X, quae in arca habeo. Et legatum — valebit, ita tamen, ut sola V — — ex testamento debeantur; ut vero V, quae deerunt, ex testamento peti possunt, vix ratio patitur;

in allen diesen Fällen, sagen wir, sind wir geneigt, in der ratio nicht die Vernunft des Menschen, sondern jene auf eine dingliche Basis gestützte Vernünftigkeit zu erkennen; denn der §. 3. und 4. werden beweisen, in welchem ausgedehnten Maaße der letztere Begriff in der römischen Jurisprudenz gäng und

3) So auch in den unten in §. 3. a. E. citirten drei Stellen.

gäbe war, während für den ersteren Begriff die entscheidenden Stellen fast gänzlich fehlen.

§. 3.

Die ratio, insofern sie durch weitere stehende Beisätze characterisirt in den in §. 1. hervorgehobenen Verbindungen erscheint, findet sich zunächst mit folgenden Zusätzen: ratio naturalis, aequitatis, humanitatis, civilis, juris, juris civilis, scripti juris, stricta, subtilis [4]), utilitatis [5]). In allen diesen Verbindungen vertritt die ratio den Begriff einer auf objectivem Vehikel beruhenden dinglichen Vernünftigkeit. Die objective Base selbst aber, auf welche diese ratio sich stützt, ist, wie vielfältig immer obige Bezeichnungen sind, lediglich eine doppelte, gegeben durch jenen Gegensatz von Geschichte und Speculation, der, von den Römern in das Recht hineingetragen, dasselbe bis in seine tiefsten Grundvesten spaltete: jener Gegensätze von jus naturale und jus civile, von aequitas (als aequum et bonum) und jus.

Indem nun zunächst jus civile und jus naturale als Ausfluß und Ausdruck einer letzten regelnden Potenz anerkannt werden, welche selbst wiederum je der natura rerum und dem civilis status der Dinge als selbstgegebene Ordnung inwohnt [6]), so gestaltet sich dieser vernunftentsprechende und gesetz- und vernunftvolle Urgrund der schlichtenden Regeln zur objectiven Vernünftigkeit: zur ratio civilis, wie zur ratio naturalis. Das Product der Ersteren ist das jus civile oder das jus, das Product der Letzteren das jus naturale oder das aequum et bonum; die ratio selbst aber wird in ersterer Beziehung als utilitas, in letzterer Beziehung als aequitas aufgefaßt [7]).

4) Vergl. §. 53. not. 425. und 426. §. 57. bei not. 461. §. 58. not 470. §. 68. sq. 82. 88. 99. Siehe auch Cic. de Inv. I, 5. init: civilis quaedam ratio est, quae multis et magnis ex rebus constat.

5) So Severus A. et Antoninus C. in l. 1. C. de acqu. poss. 7, 32.: tam ratione utilitatis, quam juris prudentia receptum est.

6) Vergl. §. 53. 57. und 58.

7) Aequitas im Sinne des Princips des aequum et bonum, nicht aber als das aequum et bonum selbst, welches der concretere Ausdruck jenes Princips ist; vergl. §. 68.

Allein auch innerhalb des als Rechtscomplex abgeschlossenen Productes jener uranfänglichen ratio wird eine weitere ratio anerkannt: innerhalb des jus civile oder jus die ratio juris civilis oder ratio scripti juris, wie die ratio juris, innerhalb des jus naturale oder aequum et bonum die ratio aequitatis (als ratio aequi et boni) und die ratio naturalis, insoweit diese den entsprechenden Ausdruck ratio juris naturalis mit vertritt. Ja selbst innerhalb der utilitas und aequitas wird ebenfalls wiederum eine besondere ratio statuirt und als ratio utilitatis, wie ratio aequitatis hingestellt, welche dann, bedingt durch die besondere qualitative Auffassung von jus und aequum et bonum auch als stricta oder subtilis ratio, wie als ratio humanitatis bezeichnet werden[8]). So characterisirt sich die ratio in einer doppelten durchgreifenden Modalität, je nach dem zwiefachen Gebiete, dem sie anheimfällt, nach dem Gebiete des jus und aequum et bonum, oder des jus civile und jus naturale. Allein über der hierdurch bedingten doppelten Richtung der Anschauung steht der Begriff an sich in seiner einheitlichen Gestaltung und unbeschränkt durch die Beziehung auf ein specielles Gebiet, und in dieser Allgemeinheit findet er sich auch in Verbindungen, wo er das Allgemeine noch neben der speciellen Kundgebung seiner selbst vertritt, so wenn von Marcianus lib. 9. Fideic. (l. 32. §. 4. D. ad l. Falc. 35, 2.) gesagt wird:

quae sententia et aequitatem et rationem magis habet;

und von Marcellus lib. 3. Digest. (l. 7. §. 1. D. de J. J. R. 4, 1.)

et ratio et aequitas postulabit;

nicht minder von Paulus, lib. sing. de jur. sing. (l. 16. D. de legg. 1, 3.):

jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est

§. 4.

Bei den in §. 3. dargelegten Anwendungen des Begriffes der ratio bleiben indeß die römischen Juristen nicht stehen, vielmehr wird einerseits eine ratio auch Begriffen beigelegt, welche dem jus und der aequitas coordinirt erscheinen, wie der hones-

8) Vergl § 68.

tas von Valentinianus et Martianus in l. 2. C. ne fisc. rem 10, 5.: aequitatis honestatisque ratio non patitur; andrerseits versetzen die römischen Juristen jenen Begriff aber auch auf weit beschränktere Gebiete, als solche das jus und aequum et bonum bietet. Dieser Anwendung des Begriffes auf speciellere und untergeordnetere normative Größen bekundet sich hierbei zunächst in der doppelten Weise, daß ebensowohl einem einzelnen legislativen Producte, wie einem einzelnen Rechtsinstitute eine solche ratio beigelegt wird. Beispiele der ersteren Art der Anwendung der ratio bieten die Bezeichnungen ratio legis Falcidiae bei Papinianus lib. 29. Quaest. (l. 11. §. 7. D. ad l. Falc. 35, 2.) und lib. 9. Respons. (l. 14. §. 3. eod.), Voconiana ratio bei Paul. Sent. IV, 8, 22.; dagegen Beispiele der letzteren Art die Ausdrücke: ratio doli exceptionis bei Papinian. lib. 19. Quaest. (l. 67. §. 3. D. de leg. II.) und ratio compensationis bei Severus et Antoninus in l. 1. C. de crim. expil. hered. 9, 32.

Ja selbst einzelnen thatsächlichen Beziehungen, welche den Schwerpunkt derjenigen Principien bilden, deren Verfolgung und Verwirklichung dem aequum et bonum, wie dem jus naturale anheimfällt [9]), wird, mit Rücksicht auf diese ihre Stellung zu den fraglichen Principien, eine eigene ratio beigelegt und damit in Wahrheit das betreffende Princip selbst besonders bezeichnet. In diesem Sinne nennt daher Papinianus lib. 6. Respons. (l. 75. §. 2. D. de leg. II.) die voluntatis ratio, während Gajus lib. 16. ad Edict. prov. (l. 2. D. unde cogn. 38, 8.) der sanguinis ratio, Ulpianus lib. 2. ad leg. Ael. Sent. (l. 12. D. de manum. vind. 40, 2.) der ratio cognationis gedenkt, als deren Folgewirkung dann wiederum die pietatis ratio erscheint, die von Ulpian. lib. 1. Opin. (l. 1. pr. D. de obsequ. parent. 37, 15.) und lib. 8. ad Edict. (l. 23. D. de his qui notant 3, 2.) erwähnt wird.

In allen jenen Verbindungen wohnt der ratio die in §. 2. festgestellte Bedeutung einer vernünftigen ordnenden Kraft inne, welche wir am Geeignetsten als Princip auffassen und bezeichnen. Und dies gilt insbesondere auch von der ratio legis, denn auch hier ist die ratio, wenn gleich in Wahrheit der Gedanke

9) Vergl. §. 61. und §. 66.

des Gesetzgebers selbst, doch abgelöst gedacht von seinem Urheber und aufgefaßt als Immanenz des Gesetzes, als Gedanke des Gesetzes selbst d. i. als eine dem Letzteren inwohnende vernunftvolle ordnende Kraft, deren besondere Wirksamkeit durch die Eigenthümlichkeit des betreffenden Gesetzes selbst bestimmt wird. Daher ist zwar die ratio legis in Wirklichkeit das, was wir den Grund des Gesetzes nennen, ja selbst die lexikalische Bedeutung des Ausdruckes scheint auf eine vollkommene Identität der beiden Begriffen zu Grunde liegenden Vorstellung hinzuweisen; allein dennoch würde diese letztere Annahme eine völlig irrige sein, da die Deutschen das Verhältniß des legislatorischen Gedankens zum Gesetze als einen Causalnexus auffassen, während die Römer eine Inspiration und Vergeistigung des Gesetzes statuiren, der entsprechend das Gesetz gleich als Körper den gesetzgeberischen Gedanken in sich selbst aufnimmt und festhält. So legen die Römer dem Gesetze selbst auch eine sententia, mens, voluntas bei, während wir in vollständig entsprechender Weise dem Gesetze einen Geist zuertheilen.

§. 5.

Die letzte Frage endlich, die zur Beantwortung noch sich bietet, betrifft den Punkt, ob und in wie weit die Römer dem jus, dem aequum et bonum und den einzelnen Rechtsschöpfungen in Wirklichkeit oder nur in figürlichem Sinne eine ratio beigemessen haben, gleichwie auch wir ja vom Geiste des Gesetzes nur in tropischer Weise sprechen. Diese Frage kann indeß bei der Mangelhaftigkeit unserer Kenntniß von dem Wesen der bestimmenden Vorstellungen der Römer eine Beantwortung finden nur bezüglich der Endpunkte jener Kette, deren Glieder durch die einzelnen Vehikel solcher ratio gebildet werden: während ihnen einerseits der natura rerum in Wirklichkeit eine ratio inwohnte und als naturalis ratio sich offenbarte, so konnte andrerseits die ratio der compensatio und doli exceptio wohl kaum anders, als in figürlichem Sinne gedacht werden.

Beilage V.

Palingenesie des **Tit. J. de jure naturali, gentium et civili (1, 2.)** und Restitution des **lib. 1. Institutionum** Marcian's.

Zu §. 54 ff.

---

§. 1.

Der zweite Titel des ersten Buches Justinian's: de jure naturali, gentium et civili ist in nachstehender Weise aus den Werken verschiedener Juristen compilirt.

pr. — — — — — — — aus: Ulpian, lib. 1. Instit. (l. 1. § 3. D. de J. et J. 1, 1.).

§. 1. a: jus autem civile vel gentium ita dividitur — — — Emblema Triboniani.

b: omnes populi, qui etc. bis zu Ende — — — aus Gajus Instit. 1, 1. (l. 9. D. de J. et J. 1, 1.).

§. 2. — — — — — — aus einem erst näher zu bestimmenden Werke.

§. 3. a: Constat autem etc. bis zu den Worten: οἱ δὲ ἄγραφοι — aus Ulpian. lib. 1. Inst. (l. 6. §. 1. D. de J. et J. 1, 1.).

b: Scriptum jus est lex etc. bis zu Ende — — — aus Gajus Inst. 1, 2. und wahrscheinlich Ulpian. lib. 1 Inst. compilirt [1]).

---

1) Eine derartige Aufzählung der legislativen Bestandtheile des jus scriptum, der lex, des jus civile, scheint bei den Juristen der zweiten Periode stehend gewesen zu sein; so vergl. außer Gaj. 1, 2. auch Papinian. lib. 2. Definit. (l. 7. D. de J. et J. 1, 1.), sowie Isidor. Orig. V, 9, 2., der ebenfalls Urquellen excerpirte, worüber s. Beilage VI. Vergl. auch Cic. Top. 5. Dosith. de manum. §. 2. ed. Böck.

§. 4. und 5. — — — aus Gajus Inst. 1, 3. 4. und wahrscheinlich Ulpianus lib. 1. Inst. compilirt [2]).
§. 6 — — — — — — aus Ulpian. lib. 1. Instit. (l. 1. D. de const. princ. 1, 4.).
§. 7. und 8. — — — aus Gajus Inst. 1, 6. 7. und wahrscheinlich Ulpian. Inst. I. compilirt.
§. 9. — — — — — — höchst wahrscheinlich aus Ulpian. Inst. 1.
§. 10. — — — — — — aus einem erst näher zu bestimmenden Werke.
§. 11. — — — — — — aus einem erst näher zu bestimmenden Werke.
§. 12. — — — — — — aus Gaj. Inst. 1, 8. (l. 1. D. de stat. hom. 1, 5.).

Sonach besteht der fragliche Titel im Wesentlichen aus einem dreifachen Elemente: aus einem Stoffe, der aus den Institutionen des Gajus, denen des Ulpian und aus einem noch ungewissen Werke entnommen ist. Dieses letztere Werk näher zu bestimmen, ist die Aufgabe des nächsten Paragraphen.

§. 2.

Von den Paragraphen des Tit. J. de J. N., deren Quelle wir unbestimmt gelassen haben, ziehen wir zunächst §. 2. und §. 11. in Betracht, welche folgendermaaßen lauten:

(§. 2) Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium. Nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim et jus, quo populus Romanus utitur, jus civile Romanorum appellamus; vel jus Quiritium, quo

---

2) So haben wir die Worte: plebs autem a populo bis leges coeperunt, als Compilation aus Gajus 1, 3 und vielleicht auch aus Ulpian. Instit. I. anzusehen. Die Spuren des Letzteren erblicken wir möglicher Weise bei Isidor Orig. IX, 4, 5., der nur die senatores in seniores civitatis verwandelte, und die Worte: Plebes autem eo distat a populo, in: populus autem eo distat a plebibus, umstellte und verdarb. Allein auch Gajus und Ulpian excerpirten bei dieser Stelle ältere Quellen, deren selbstständige Benutzung wir wieder bei Festus, p. 330. M. s. v. scitum populi vorfinden.

Quirites utuntur: Romani enim a Quirino Quirites appellantur. Sed quoties non addimus, cujus sit civitatis, nostrum jus significamus: sicuti cum poëtam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Graecos egregius Homerus, apud nos Virgilius.

Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanae quaedam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, et captivitates secutae et servitutes, quae sunt juri naturali contraria: jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur. Ex hoc jure gentium et omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles.

(§. 11.) Sed naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent; ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.

Der Inhalt und die Beschaffenheit dieser Stellen beweist:

1. daß dieselben einem dogmatischen Werke, und zwar einem Lehrbuche des gesammten Rechtssystemes entlehnt worden sind; und

2. daß diese Quelle weder die Institutionen des Gajus, noch des Ulpianus waren; denn abgesehen von zahlreichen inneren Gründen [3]), ist der Umstand schon entscheidend, daß diejenigen Parthieen der Institutionen der genannten Beiden, welche vom jus civile, gentium und naturale handeln, in anderer Fassung uns bereits bekannt sind.

Zugleich sind wir aber auch zu der Annahme berechtigt, daß beide Stellen aus Einem Werke entnommen sind, weil

---

3) Diese Gründe ergeben sich meist aus §. 53. 55. 82.; doch kommen noch anderweite Momente in Betracht, z. B. bezüglich Ulpian's, daß er bei Behandlung der einzelnen Verträge besonders angiebt, ob sie juris gentium seien (so l. 1. D. de prec. 43, 26. fr. Endl. II. IV.), daher eine Aufzählung derselben bei der Darstellung des jus gentium im Allgemeinen überflüssige Wiederholung sein würde.

1) das Verhältniß der übrigen Paragraphen gegenüber den Quellen darthut, wie Tribonian in dem obigen Titel die benutzten Werke in großer Ausdehnung excerpirte;
2) mit der in §. 2. ersichtlichen Erwähnung des jus naturale als eines von dem jus gentium geschiedenen und neben solchem selbstständigen jus naturale der §. 11. vollkommen harmonirt; endlich
3) ein innerer Parallelismus der Glieder obwaltet, wenn in §. 11. die jura naturalia als jura divina quadam providentia constituta, in §. 2. das jus gentium als jus quod gentes humanae sibi constituerunt, in §. 11. das jus civile als ea, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit bezeichnet wird.

§. 3.

Werfen wir nun einen Blick auf die dogmatischen Werke der römischen Juristen, welche außer den Institutionen des Gajus und Ulpianus bei Abfassung der Institutionen Justinian's von Tribonian am Stärksten excerpirt worden sind, so bieten sich die Institutionen des Florentinus und des Marcian uns zunächst dar, indem abgesehen von denjenigen Stellen jenes Gesetzbuches Justinian's, welche mit den uns bekannten Excerpten aus jenen beiden Schriften eine nur allgemeine oder rein innere Aehnlichkeit haben, aus dem ersten Werke, wie wir als gewiß annehmen dürfen, 8 Stellen, aus dem letzteren Werke aber 15 Stellen in die Institutionen Justinian's übergegangen sind [4]). Dagegen allen übrigen Schriften ähnlich lautenden Inhaltes haben wir eine nur spärliche Benutzung für die Compilation der Institutionen beizumessen.

Diese Sachlage berechtigt uns von Vorn herein zu der Schlußfolgerung, daß die zunächst in Frage stehenden beiden Paragraphen des Tit. J. de J. N. entweder aus den Institutionen des Florentinus oder Marcianus entnommen seien. Fassen wir nun hierbei vor Allem die Frage in's Auge, für welchen von Beiden wir uns zu entscheiden haben, so müssen wir anerkennen, daß aus der Stellung des jus civile, gentium und na-

4) Vergl. Schrader, Index loc. cum Instit. cogn. in seiner großen Ausgabe der Institutionen.

turale, wie wir solche bei Florentinus und Marcianus vorfinden, ein Argument weder zu Gunsten des Einen, noch des Andern sich ergiebt. Viermehr erkennen wir, was namentlich die besondere Stellung des jus naturale zum jus gentium betrifft, den Florentinus als einen Consorten des Marcianus an [5]. Dennoch glauben wir in der Lage zu sein, jene Frage zu entscheiden, indem theils Gründe dagegen sprechen, daß die beregten Paragraphen den Institutionen des Florentinus angehört haben, theils besondere Gründe dafür sich bieten, daß jene Stellen von Marcian herrühren, Gründe, die uns bezüglich des Florentinus nicht zu Gebote stehen.

Zunächst die Gründe der erst bezeichneten Beschaffenheit betreffend, so kommt in Betracht:

a) daß Florentinus in lib. 9. Inst. (l. 4. pr. §. 1. D. de statu 1, 5. §. 1. J. de jur. pers. 1, 3.) sagt:

> Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere licet, nisi si quid vi aut jure prohibetur. Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.

Diese Stelle würde sich gegenüber dem zweiten Theile von §. 2. J. quaest. als reine Wiederholung des bereits Gesagten verhalten;

b) sagt Florentin. in lib. 1. Inst. (l. 3. D. de J. et J. 1, 1.):

> Quum inter nos cognationem quandam natura constituerit, consequens est, hominem insidiari nefas esse.

Hinsichtlich der Fundirung des jus naturale zerfallen aber die römischen Juristen in zwei Classen, indem die Einen (Gajus, Paulus, Ulpianus und Consorten) dasselbe auf eine der natura rerum immanente, ordnende, vernunftvolle Kraft, die ratio naturalis oder natura schlechthin, zurückführen [6], während die Anderen das jus naturale direct aus höherer Anordnung herleiten und als Gesetz Gottes selbst anerkennen. Die letztere Ansicht vertritt Marcian, unter dem unmittelbaren Einflusse der stoischen Philosophie stehend, in lib. 1. seiner Inst. (l. 2. D. de leg. 1, 3.) [7]. Da nun Florentinus in der obigen Stelle als Anhänger der

5) Vergl. §. 89. unter C.
6) Vergl. §. 53. und §. 57.
7) Vergl. §. 54.

Vertreter jener ersteren Fundirung des jus naturale sich zu erkennen giebt (natura constituerit), §. 11. J. quaest. aber die jura naturalia als divina quadam providentia constituta bezeichnet und somit in der zweiten Modalität begründet, so scheinen auch aus diesem Grunde die in Frage stehenden Paragraphen der Institutionen Justinian's den Institutionen Florentin's nicht überwiesen werden zu dürfen

§. 4.

Dahingegen sprechen dafür, daß die beregten §. 2. u. 11. J. cit. den Institutionen Marcian's entnommen sind, folgende Gründe:

a) die Institutionen Marcian's sind ebensowohl in den Institutionen Justinian's, wie auch in dessen Digesten nicht allein weit häufiger, sondern auch in viel ausgedehnterem Maaßstabe excerpirt, als die Institutionen Florentin's, indem, was die Zahl der Stellen betrifft, von den letzteren 43, von den ersteren 139 Excerpte in den Digesten sich vorfinden [8]);

b) den Institutionen des Marcian haben wir eine sogenannte elegante Behandlung beizulegen, indem Excerpte, oder wenigstens Citate aus Demosthenes, Chrysippus, Homer und Virgil von Marcian geboten wurden, die Trockenheit der Fachmaterie durch philosophische und poetische Einschaltungen zu würzen; vergl. l. 2. D. de legg. 1, 3. §. 1. J. de leg. Aquil. 4, 3. l. 65. §. 4. D. de legat. III., l. 1. §. 1. D. de mort. c. don. 39, 6. l. 6. §. 5. D. de D. R. 1, 8. Zu dieser Eigenthümlichkeit der Behandlung, die in diesem Maaße bei keinem anderen Juristen hervortritt, paßt auf das Vollständigste die Erwähnung von Homer und Virgil, von Solon und Dracon in §. 2. quaest.

c) die Bezeichnung der jura naturalia als divina quadam providentia constituta harmonirt auf das Genaueste mit der von Marcian gegebenen Begründung der lex naturae, sowie mit dessen übrigen, in diese Lehre einschlagenden Sätzen [9]).

---

8) Vergl. Hommel, Palingenesia, sowie l. 15. D. de interd. et releg. 48, 22, die muthmaßlich ebenfalls aus den Institutionen Marcian's entnommen ist. Vergl. unten §. 6.

9) Vergl. §. 54.

d) Mit dem Ausspruche: bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt juri naturali contraria: jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur, harmonirt vollkommen Marcian in einer andern Stelle von lib. 1. Instit. (l. 1 D. de natal. restit. 40, 11.):

— — si libertinus a principe natalibus suis restitutus fuerit. Illis enim utique natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascebatur, quum servus natus esset;

während dieses Geboren Werden als servus ebenfalls in lib. 1. Inst. (l. 5. §. 1. D. stat. hom. 1, 5.) dem jus gentium überwiesen wird. Daß aber in letzterer Stelle eine doppelte Entstehung der Sclaverei, theils jure civili, theils jure gentium angenommen wird, steht mit der in §. 2. J. cit. ausgesprochenen Ueberweisung des Institutes an das jus gentium nicht im Widerspruch, insofern hier lediglich die Entstehung des Institutes der Sclaverei im Allgemeinen, dort die Entstehungsgründe der Sclaverei für das Individuum in's Auge gefaßt werden.

Diese Momente erachten wir für bestimmend, die in Frage stehenden beiden Paragraphen der Institutionen Justinian's den Institutionen Marcian's als deren Quellen zu überweisen.

§. 5.

Hiernach wenden wir uns nun zu dem dritten jener Paragraphen der Institutionen Justinian's, dessen Quelle wir unbestimmt gelassen haben. Derselbe lautet:

(§. 10.) Et non ineleganter in duas species jus civile distributum esse videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Atheniensium scilicet et Lacedaemoniorum, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea, quae pro legibus observarent, memoriae mandarent, Athenienses vero ea, quae in legibus scripta comprehendissent, custodirent.

Rücksichtlich der Quelle dieser Stelle steht fest, daß dieselbe:

1) nicht den Institutionen des Gajus entnommen ist, weil diejenige Parthie derselben, in welcher jene Stelle ihren Platz hätte finden müssen, uns vollständig bekannt ist, überdem Gajus

nirgends, so viel wir wissen, die Eintheilung des jus in ein scriptum und non scriptum aufstellt.

2) nicht den Institutionen des Ulpianus entnommen ist; denn dieser sagt in lib. 1. Inst.:

> Hoc igitur jus nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum jus est lex etc. Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores etc. (l. 6. §. 1. D. de J. et J. 1, 1. §. 3 — §. 9. J. de J. N. 1, 2. vergl. mit oben §. 1.).

In dieser Stelle macht aber Ulpian die Eintheilung des Rechtes in ein jus quod constat ex scripto und sine scripto zu der seinigen, während in §. 10. J. quaest. diese Eintheilung als eine fremde bezeichnet und als solche besonders gebilligt und weiter gerechtfertigt wird (et non ineleganter — — distributum esse videtur).

3) Was die Institutionen des Florentinus betrifft, so wüßte ich weder einen Grund dafür, noch dagegen anzugeben, daß die fragliche Stelle ihnen entnommen sei; nur das spricht hiergegen, daß bei dem in §. 2. hervorgehobenen Verfahren Tribonian's, in größerem Maaße das benutzte Werk zu excerpiren, es unwahrscheinlich erscheint, daß jene Stelle vereinzelt den Institutionen Florentin's entnommen sei. Dagegen

4) die Institutionen Marcian's betreffend, so spricht kein Grund dagegen, daß §. 10. J. quaest. denselben entnommen sei; wohl aber spricht dafür

a) das so eben hervorgehobene, von Tribonian bei Compilation des vorliegenden Titels der Institutionen beobachtete Verfahren;
b) daß die Erwähnung der Einrichtungen Athens und Lacedämons der von uns in §. 4. unter b. hervorgehobenen eleganten Behandlungsweise des Stoffes von Seiten Marcian's vollkommen entspricht;
c) daß die Erwähnung der Athenienfischen Institutionen insbesondere mit der von Marcian in §. 2. J. de J. N. 1, 2. ausgesprochenen Berufung auf die leges Solonis vel Draconis, wie auf das jus civile Atheniensium in vollkommenem Einklange steht.

Nach Alle dem überweisen wir auch §. 10. J. quaest. den Institutionen des Marcian als ein Excerpt aus diesen.

§. 6.

Die Stellen aus den Institutionen Marcian's, welche wir in §. 2. 10. u. 11. des tit. J. de J. N. 1, 2. vorfinden, sind zweifelsohne dem ersten Buche der Institutionen des Ersteren einzuordnen. Indem wir daher zur Restitution dieses letztbezeichneten Buches, insoweit unsere Quellen hierfür genügen, uns wenden [10]), bemerken wir zunächst, daß den Institutionen des Marcian im Allgemeinen eine dem Systeme der Institutionen des Gajus entsprechende Anordnung des Stoffes zu Grunde liegt, indem das Recht nach dem dreifachen Gesichtspunkte des jus quod ad personas vel ad res vel ad actiones pertinet behandelt wird. Der erste Theil umfaßte lib. 1. u. 2., der zweite Theil lib. 3—13, der dritte Theil lib. 14—16. final. [11]).

Den ersten dieser drei Theile eröffnete in lib. 1., ähnlich wie in den Institutionen des Gajus, eine Einleitung, die allgemeinen Vorbegriffe von lex, jus und den einschlagenden Eintheilungen enthaltend. Diese Einleitung begann mit dem Begriffe von lex, und hierher gehört:

l. 2. D. de legg. 1, 3.

Der nach Chrysippus gegebene Begriff der lex führte sodann zum Gegensatze des jus civile und naturale, wobei dieser letztere Begriff ebenfalls nach dem Vorbilde des φύσει δίκαιον der Stoiker gegeben ward; hierher fällt

§. 11. J. de J. N. 1, 2.

Sodann folgte eine weitere Characterisirung des jus civile und die Darlegung seines Gegensatzes zum jus gentium, wohin zu ziehen ist:

10) Vergl. Heineccius, opp. posth. p. 592. und Leist, Gesch. d. röm. Rechtssyst. p. 57.

11) Heineccius l. c. überschreibt lib. 10.: de nuptiis, lib. 12. de juribus connubii et concubinatu, lib. 13. de manumissionibus, juribus patronatus, contractibus. Richtig ist, daß lib. 10. von der Ehe, lib. 12. vom Concubinat, lib. 13. vom Patronat handeln; allein alle diese Themata wurden lediglich bei Gelegenheit des Erbrechtes erörtert, wie namentlich die Stellung der Ehe zwischen lib. 9. u. 11. beweist. Endlich wegen l. 19. D. de exc. 44, 1. die Lehre von den Contracten nach lib. 13. zu verweisen, erscheint mir nicht genügend gerechtfertigt. Noch anders Leist, l. c.

§. 2. J. de J. N. 1, 2.
Hiernächst ward der Gegensatz von jus civile und jus honorarium in's Auge gefaßt:

l. 8. D. de J. et J. 1, 1.

worauf eine Erörterung der übrigen Bedeutungen des Ausdruckes jus die einleitende Parthie abschloß:

l. 12. D. de J. et J. 1, 1.

Der im ersten Buche abgehandelte specielle Theil begann sodann mit der Eintheilung der Menschen in servi und liberi, sowie mit einer Erörterung der rechtlichen Verschiedenheiten in der Stellung der Ersteren:

l. 5. pr. §. 1. D. de statu hom. 1, 5.
l. 17. pr. D. de poen. 48, 19.

Hierauf folgte die Eintheilung der liberi in libertini und ingenui, wobei zuerst die Lehre von der manumissio behandelt wurde:

l. 2. D. de Offic. Procons. 1, 16.
l. 22. D. de bon. libert. 38, 2.
l. 23. D. de manum. testam. 40, 4.
l. 9. D. qui et a quib. manum. 40, 9.
l. 42. D. de contr. emt. 18, 1.

und die Lehre von der Ingenuität folgte:

l. 5. §. 2. 3. D. de stat. hom. 1, 5.
l. 2. D. de natal. restit. 40, 11.
l. 3. D. de jur. aur. anul. 40, 10.

Den Schluß des Buches bildete die zweite Untereintheilung der liberi in peregrini und cives nebst der Lehre von der capitis deminutio magna:

l. 17. §. 1. D. de poen. 48, 19.
l. (restit.) 15. 16. D. de interd. et rel. 48, 22.

sammt der Lehre von der relegatio und Interdictio:

l. (restit.) 8. 10. 11. D. de bon. damn. 48, 20.
l. (restit.) 10. 12. D. de interd. et rel. 48, 22[12]).

Das zweite Buch endlich umfaßte die Eintheilung der Menschen

12) Doch könnten diese fünf Stellen auch nach lib. 13. zu l. 4. D. de poen. 48, 19. gehören, wenn nicht etwa in dieser Stelle die Inscription falsch ist und dieselbe vielmehr nach lib. 1. gehört, was aus dem Grunde wahrscheinlich erscheint, weil deren Stellung und innere Verbindung mit dem Inhalte von lib. 13. jedenfalls ferner liegt.

in sui und alieni juris, nebst der Lehre von der dreifachen potestas, und der capitis deminutio minima, sowie die Erörterung des Zustandes derjenigen, welche unter Tutel oder cura stehen.

Beilage VI.

Ueber die Quellen von Isidor's Origines V, 4.

Zu §. 56 ff.

§. 1.

Das vierte Capitel von Buch V. der Origines des Isidorus von Sevilla lautet:

§. 1. Jus autem naturale est, aut civile, aut gentium. Jus naturale est commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur, ut viri et foeminae conjunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio et omnium una libertas, acquisitio eorum, quae coelo, terra marique capiuntur.

§. 2. Item depositae rei vel commendatae pecuniae restitutio, violentiae per vim repulsio. Nam hoc aut si quid huic simile est, nunquam injustum, sed naturale aequumque habetur.

In dieser Stelle waltet eine mehrfache, höchst bemerkenswerthe Uebereinstimmung mit der entsprechenden Lehre vom jus naturale in Ulpian's lib. 1. Instit. (l. 1. §. 3. D. de J. et J. 1, 1. f. §. 56. und §. 92.) ob, welche namentlich darauf beruht, daß Isidor neben dem jus civile und jus gentium (worüber s. Orig. V, 5. 6. 9.) ein jus naturale anerkennt, welches auf den instinctus naturae sich stützt, während Ulpian das entsprechende jus naturale auf eine allen animalia gemeinsame natura zurückführt, gleichzeitig aber auch Ulpian gerade unter den vorjustinianeischen Juristen der Einzige ist, von dem wir eine derartige Characterisirung des jus naturale kennen; sowie daß andererseits mit der bezüglich des Ulpian uns überlieferten Aufzählung der Rechtsinstitute des jus naturale: maris et foeminae conjunctio, liberorum procreatio, educatio, die Aufzählung der gleichartigen Rechtsinstitute

bei Isidor: viri et foeminae conjunctio, liberorum successio et educatio im Wesentlichen übereinstimmt.

Dagegen waltet ein Widerspruch zwischen Isidor und Ulpian ob, insofern der Erstere das jus naturale für ein jus commune omnium nationum erklärt, während es nach Ulpian ein commune omnium animalium ist; sodann aber auch Isidor Rechtsinstitute den jus naturale beizählt, welche als dem jus naturale des Ulpian fremd anerkannt werden müssen, nämlich das depositum und die commendata pecunia, d. i. das mutuum, indem Beide nach Ulpian dem jus gentium anheimfallen, wie dies bezüglich des depositum auch besagt ist in lib. 1. Inst. (fr. Endl. IV.). Endlich weder Widerspruch noch Uebereinstimmung findet zwischen Beiden statt, insofern Isidor das jus naturale auf den instinctus naturae insbesondere, dagegen Ulpian auf die natura im Allgemeinen stützt; nicht minder indem Isidor in der communis omnium possessio, der una omnium libertas, der acquisitio eorum, quae coelo, terra marique capiuntur und der violentiae per vim repulsio Rechtsinstitute nennt, welche in dem Excerpt aus lib. 1. Instit. in l. 1 §. 3. D. de J. et J. 1, 1. dem jus naturale des Ulpian nicht überwiesen sind, wenn gleich solche auch dem jus naturale des Letzteren füglich untergeordnet werden können, ja, mit Ausnahme der acquisitio eorum, quae coelo, terra marique capiuntur in anderen Excerpten aus Ulpian's Werken mit höherer oder geringerer Uebereinstimmung in der That auch überwiesen werden [1]).

§. 2.

Jene Uebereinstimmung nun begründet die Annahme, daß Isidor seine Lehre vom jus naturale den Institutionen Ulpian's entlehnt habe, um so mehr als insbesondere eine Vergleichung von Orig. V, 8.:

> Jus publicum est in sacris et [in] sacerdotibus et in magistratibus

mit dem Excerpte aus Ulpian's lib. 1. Inst. in l. 1. §. 2. D. de J. et J. 1, 1.:

> Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit

1) Vergl. §. 58. Note 457—459.

beweist, daß Isidor in der That die Institutionen Ulpian's im Urtexte oder im Excerpte bei seinen Origines benutzte.

Dagegen der Widerspruch zwischen Isidor und Ulpian steht jener Annahme nicht im Wege, weil wir ersehen, daß Isidor außer den Institutionen Ulpian's auch die Werke anderer römischer Juristen benutzte, und, da er hier wiederum das depositum und mutuum dem jus naturale überwiesen fand, so z. B. in dem ersten Buche der Institutionen Marcian's, dessen Excerpt wir in §. 2. J. de J. N. 1, 2. erkannten, aus dieser[2]) oder vielleicht einer ähnlichen Stelle die obigen Rechtsinstitute des jus naturale entnehmen mochte, während andrerseits ebenfalls von anderen Juristen und insbesondere wiederum in jener Stelle aus Marcian das jus naturale als ein von dem jus gentium unterschiedenes und dabei allen Nationen gemeinsames Recht dargestellt wird, hierin aber, sobald Isidor die Annahme eines zwischen Thier und Menschen gemeinsamen Rechtes verwarf, der bestimmende Grund gefunden werden darf, weßhalb Isidor, die von Ulpian gegebene Grundlage des jus naturale beibehaltend, dennoch dessen Gemeinschaft auf die Menschen beschränkte.

Da nun in der Fundirung des jus naturale auf den Instinct, und in der Aufzählung von Rechtsinstituten, welche in l. 1. §. 3. D. de J. et J. 1, 1. unter denen des jus naturale nicht mit angegeben sind, Isidor uns Notizen giebt, welche ebensowohl mit den Lehrsätzen Ulpian's und dessen Manier vollkommen harmoniren, bezüglich deren aber gleichwohl das Gesetzbuch Justi-

2) Momente, welche dafür sprechen, daß Isidor in dieser Lehre in der That Marcian's Institutionen benutzte, sind: 1) daß Isidor, indem er die dreigliederige Eintheilung von jus naturale, jus gentium und jus civile annahm, das erstere als ein allen Völkern gemeines Recht characterisirte; 2) die besondere Erwähnung des jus Quiritium und seiner Rechtsinstitute in Orig. V, 9.; 3) daß dem jus gentium in Orig. V, 6. nur Institute rein internationalen Rechtes überwiesen werden, was der Lehre des Marcian unter allen römischen Juristen am Vollkommensten entspricht; endlich 4) die zusammenstellende Aufzählung der Institute von jus naturale, gentium und civile [Romanorum] d. i. Quiritium in Orig. V, 4. 6. 9., was ebenfalls Nachahmung der Methode des Marcian zu sein scheint. Hiernach nehmen wir an, daß Isidor die in Orig. V, 5. 6. 9. gegebene Darstellung überwiegend auf einer Nachahmung von Marcian, dagegen Orig. V, 4. auf einer Verbindung von Marcian's und Ulpian's Lehren beruht.

nian's nicht als die Quelle der Darstellung des Isidor anzusehen ist, so entsteht für uns die Frage, ob wir den Urtext von Ulpian's Institutionen als die wahre Quelle dieser Darstellung des Isidor anerkennen dürfen, und dies um so mehr, als diese letztere Thatsache einige Beiträge zu der etwas dunkeln Lehre des Ulpian liefert.

Wir haben in §. 56 ff. die Bejahung dieser Frage vorausgesetzt und werden im Nachstehenden unsere Gründe dafür beibringen.

§. 3.

Die Frage, ob Isidor seine Lehre vom jus naturale unmittelbar aus Ulpian's Institutionen schöpfte, fällt zusammen mit der weiteren Frage, ob Isidor bei Abfassung seiner Origines Originalwerke der römischen Juristen der zweiten Periode benutzte, und diese ist hier lediglich im Allgemeinen, ohne ein Eingehen auf die einzelnen Stellen in den Origines zu beantworten.

Die Werke der römischen Juristen der zweiten Periode mußten im Allgemeinen nothwendiger Weise über alle Länder römischer Herrschaft sich verbreiten, wo überhaupt römische Bürger innerhalb der Provinzen selbst Recht erlitten, weil bei der Dürftigkeit der das Privatrecht betreffenden eigentlichen Gesetzgebung Rom's jene Werke eine ganz unentbehrliche Ergänzung, oder vielmehr einen Bestandtheil namentlich des Privatrechtes zum Zwecke der Rechtspflege bildeten. Namentlich mußte aber die Verbreitung der Werke insbesondere des Gajus, Paulus, Papinianus, Ulpianus und Modestinus über alle Theile der römischen Monarchie noch wesentlich befördert werden durch das Citirgesetz vom J. 426. (l. 3. C. Th. de resp. prud. 1, 4.), welches den Werken jener unter gewissen Voraussetzungen officiell gesetzliche Kraft beilegte. Diese Verhältnisse wurden auch, was insbesondere Spanien betrifft, in keiner Weise dadurch alterirt, daß die Westgothen vom Jahre 462 an einen Theil der nördlichen und westlichen römischen Provinzen an sich rissen, da auch unter ihrer Herrschaft die Römer nach römischem Rechte Recht litten, und somit jenen gegenüber die bindende Kraft der Werke der Citirjuristen in keiner Weise geschwächt ward.

Sonach gelten für die Römer unter westgothischer Herrschaft die in den Werken der römischen Juristen und insbesondere der

Citirjuristen enthaltenen Aussprüche ebenso für Recht, wie anderweite römische Gesetze, als namentlich der Codex Theodosianus, und eine Anzahl von Novellen der Kaiser Theodosius, Valentinian, Marcian, Majoran, Severus. Dieser Thatbestand bedingt daher die Kenntniß und allgemeine Verbreitung der betreffenden Werke der römischen Juristen aus der zweiten Periode auch während der Herrschaft der Gothen in Spanien. Insbesondere wird diese Thatsache dadurch bestätigt, daß in dem für die Römer unter gothischer Herrschaft abgefaßten, im Jahre 506 publicirten Breviarium Alaricianum nicht allein die nurgenannten leges, sondern auch Excerpte aus den Institutionen des Gajus, den Responsa des Papinian, den Sententiae des Paulus, ebenso wie aus dem Codex des Hermogenian und Gregorian übergingen.

Mit Publication des Breviars verloren nun zwar die genannten Urquellen römischen Rechtes ihre bindende Kraft, allein da jener Zeit durchaus nicht aller wissenschaftliche Sinn gebrach, vielmehr namentlich die Geistlichkeit und die Mönche die Wissenschaften in den Kreis ihrer Beschäftigungen hereinzogen, so erscheint es ganz undenkbar, daß die jedenfalls in mehrfältigen Exemplaren vorhandenen Handschriften der Werke der bezeichneten römischen Juristen plötzlich insgesammt der Vernichtung Preis gegeben worden seien.

§. 4.

Ein Jahrhundert nach Publication des Breviars begegnen wir nun dem vielbelesenen Isidor, Bischof von Sevilla, dem Verfasser jenes Werkes, welches allein wir gegenwärtig in's Auge fassen, der libri XX. Etymologiarum. Wie derselbe in diesem Werke als Mann von der ausgedehntesten Gelehrsamkeit sich zeigt, dem fast kein Zweig der römischen Litteratur unbekannt geblieben ist, noch auch bei seinem Streben, eine Encyklopädie der Wissenschaften und Künste zu verfassen, unbekannt bleiben konnte, so fiel auch das Recht selbstverständlich in den Kreis seiner Studien und nimmt im obigen Werke einen nicht unbeträchtlichen Raum in Anspruch.

Fragen wir nun, woher Isidor jene mannichfachen juristischen, und zwar historischen, wie dogmatischen Notizen entlehnte, so enthalten die Origines selbst, bei der Kargheit der Citate,

hierüber nur ganz ungenügende Angaben. Denn weder Verrius Flaccus und Paulus, die XIV, 8, 33. und V, 24, 30. citirt sind, noch Cicero und Varro, welche häufiger genannt werden, können als hinreichende Quelle jener zahlreichen juristischen Artikel angesehen werden. Dagegen kannte Isidor nothwendig das Breviar, während seine Kenntniß der Gesetzbücher Justinian's als zweifelhaft gelten kann. In der Regel wird diese letztere Frage bejaht und so auch von Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter; 2. Aufl. Bd. II. p. 75. Derselbe beruft sich zur Unterstützung dieser Ansicht auf Orig. V, 4. verglichen mit l. 1. §. 3. D. de J. et J. und l. 1. §. 1. D. de acqu. rer. dom. oder pr. J. de j. nat. und §. 12. J. de div. rer.; ferner auf Orig. V, 8. verglichen mit l. 1. §. 2. D. de J. et J.; endlich auf Orig. V, 25. verb. „Intestata hereditas" verglichen mit l. 64. D. de V. S. Allerdings können nun zwar, wenn Isidor. in Orig. V, 8. ein Excerpt aus Ulpian. lib. 1. Inst. bietet, welches zugleich in Justinian's Digesten sich vorfindet, ebensowohl diese, wie jene die Quelle Isidor's gewesen sein, und Gleiches gilt von Orig. V, 4. 1.; allein wenn Isidor in der letzteren Stelle ein Mehreres bietet, als l. 1. § 3. D. de J. et J. 1, 1. enthält, so ist um so weniger wahrscheinlich, daß Isidor von diesem Plus die sieben Worte: acquisitio eorum, quae coelo, terra marique capiuntur in der Manier Tribonian's aus Gajus lib. 2. Aureor. (l. 1. §. 1. D. de acqu. dom. 41, 1.) entlehnt habe, als Isidor in der Lehre vom jus naturale, gentium und civile erweislich dem Gajus in keinem Punkte beitrat und folgte. Vielmehr erscheint es weit wahrscheinlicher, daß jener Zusatz, wie der gesammte übrige Text in Orig. V, 4, 1., den die Digesten nicht haben, unmittelbar aus Ulpian entlehnt ist, um so mehr als das coelo, terra marique capi vollkommen mit der Anschauungsweise Ulpian's selbst harmonirt, welche in den aus lib. 1. Inst. in l. 1. §. 3. D. de J. et J. 1, 1. übergangenen Worten: quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque etc. zu Tage tritt. Endlich von einer Vergleichung von Orig. V, 25, 7. und Paul. lib. 67. ad Edict. (l. 64. D. de V. S. 50, 16.) sehen wir ab, da das Kindschaftsverhältniß zwischen Beiden und allzu problematisch erscheint.

Hiernach müssen wir diesen Argumenten Savigny's die be-

weisende Kraft dafür absprechen, daß Isidor bei seinen Origines die Gesetzbücher Justinian's wirklich benutzt habe.

Allein andrerseits bietet sogar ein Argument gegen Isidor's Kenntniß der justinianeischen Legislation der von Savigny selbst hervorgehobene Umstand, daß Isidor in seinen Orig. V, 1. de auctoribus legum unter den daselbst aufgeführten Gesetzgebern den Justinian nicht mit nennt. Die Einsicht in die Haltung gerade dieses Capitels muß aber sofort überzeugen, daß nur auf völliger Unkenntniß Isidor's von Justinian's Codification diese Uebergehung des Letzteren in jenem Capitel beruhen kann. Denn da die Aufgabe, welche Isidor hierin sich stellt, ganz offenbar die ist, alle Verfasser von umfassenderen röm. Gesetzbüchern namhaft zu machen, so mußte Justinian nothwendig die Reihe des Numa, der namentlich aufgeführten decemviri legibus scribundis, des Pompejus, Cäsar, Constantinus und Theodosius schließen, sobald Isidor überhaupt nur Kenntniß von Justinian's umfassender und alles Frühere übertreffender Compilation hatte.

Nach Alle dem haben wir daher selbst die Wissenschaft von Justinian's legislativer Thätigkeit [3]), somit in noch höherem Maaße die Kenntniß dieser Gesetzbücher selbst dem Isidor bestimmt abzusprechen.

§. 3.

Das Resultat von §. 5. wird noch bestätigt durch die Wahrnehmung, daß wir in den Origines des Isidor juristische Notizen vorfinden, für welche weder das Breviar, noch die Gesetzbücher Justinian's als die ausreichenden Quellen gelten können, so namentlich, um lediglich bei dem Bekannten stehen zu bleiben, in der Lehre vom jus naturale, gentium und civile selbst in Orig. V, 4. 6. 9.

Der einzige Ausweg aber, der unter allen diesen Umständen die genügende Antwort für die sich aufdrängenden Fragen bietet, wird gegeben durch die Annahme, daß Isidor unmittelbar aus den ihm noch zu Gebote stehenden Rechtsquellen der zweiten Periode schöpfte. Kannte aber Isidor, wie dies nach §. 3. wahrscheinlich ist, in der That solche Quellen, und benutzte er dieselben, wie wir dies in §. 4. und im Obigen wahrscheinlich

3) Justinian selbst wird von Isidor in Orig. V, 39, 40. und de Vir. illustr. c. 31. genannt, allein ohne Andeutung seiner legislativen Thätigkeit.

zu machen versuchten, auch bei seinen Origines, so konnten ihm auch weder Ulpian's Werke verborgen bleiben, da dieser einer der Koryphäen der Rechtswissenschaft und insbesondere ein Citirjurist ist, noch kann es bei einer Vergleichung von Orig. V, 8 und Ulpian's Inst. I. (l. 1. §. 2. D. de J. et J. 1, 1.) irgend welchem Zweifel unterliegen, daß er namentlich auch die Institutionen des Letzteren kannte und excerpirte.

Unter allen diesen Voraussetzungen muß es aber nach dem in §. 1. Bemerkten als im höchsten Grade wahrscheinlich sich darstellen, daß Isidor auch seine Lehre vom jus naturale den Institutionen Ulpian's entlehnte.

Beilage VII.

Ueber bona fides, bonae fidei judicium, bonus vir, bonus judex, boni viri und judicis arbitrium, recte, dolus malus, doli mali exceptio und ähnlich, und deren Beziehung zur aequitas.

Zu §. 64. 68 ff. 76 ff.

---

§. 1.

Die in der Ueberschrift angegebenen Ausdrücke sowie einige andere damit verwandte Bezeichnungen stehen insgesammt in einer inneren Beziehung zur aequitas: die bona fides bezeichnet das der aequitas entsprechende, dagegen der dolus malus das der Letzteren widerstreitende Verhalten des Individuum in Gesinnungs- und Handlungsweise; bonus vir ist derjenige, welcher der aequitas, oder der bona fides gemäß handelt, während boni viri arbitrium die der aequitas entsprechende Entscheidung, recte aber wiederum die Uebereinstimmung des Handelns mit solchem arbitrium, also in letzter Instanz mit der aequitas bezeichnet. Ferner bonae fidei judicia sind diejenigen Rechtsverhältnisse, in denen die aequitas oder bona fides maaßgebende Norm der rechtlichen Beurtheilung ist, während die doli mali exceptio das Rechtsmittel ist, durch welches die aequitas in defensiver Weise selbstständig zur rechtlichen Geltung gebracht wird. Endlich ist

bonus judex der Richter, insofern es demselben gestattet ist, nach Maaßgabe der aequitas zu entscheiden, und das derselben entsprechende Urtheil selbst heißt arbitrium judicis.

Diese Beziehungen zur aequitas darzulegen, ist die Aufgabe der nachfolgenden Untersuchung.

A.

Bona fides, bonae fidei contractus, judicium.

§. 2.

Indem die beiden Begriffe bonum und fides zur bona fides im Griechischen καλὴ πίστις[1]) verbunden werden, entsteht hiermit nach der Anschauung der Kaiserzeit[2]) der neue Begriff von Rechtspflichtmäßigkeit des Verhaltens. Demgemäß bezeichnet also die bona fides die Uebereinstimmung der Willensrichtung des Subjectes einer Handlung oder eines Verhältnisses mit den Rechtspflichtgeboten.

Die sachliche Bedeutung dieses Begriffes gestaltet sich jedoch wiederum verschieden, je nachdem die Uebereinstimmung des Verhaltens mit dem Gesetz nach subjectiver oder nach objectiver Voraussetzung aufgefaßt und beurtheilt wird. Ersteren Falles ist die Uebereinstimmung mit den Pflichtgeboten wesentlich von dem Meinen des Handelnden, von den ihm inwohnenden Annahmen des Denkens abhängig, und die bona fides vertritt dann diejenige Willensrichtung, welche nach den durch das Wissen und Bewußtsein des Subjectes gegebenen Voraussetzungen mit den Rechtsvorschriften harmonirt. Wird dagegen die bona fides in objectiver Beziehung aufgefaßt, so stützt sich dieser Begriff der Pflichtmäßigkeit darauf, daß schlechthin und abgesehen von dem Bewußtsein des Subjectes die Uebereinstimmung seines Willens mit den Pflichtgeboten obwaltet, und dann bezeichnet die bona fides die Willensrichtung, welche mit den betreffenden Vorschriften thatsächlich harmonirt. In der letzteren Be-

1) So bei Modestinus lib. 2. Excus. (lib. 6. §. 18. D. de excus. 27. 1.) Nov. 119 c. 7. Harmenopul. §. 7. 8. 10. 12. 15—17. de action. 1, 3. §. 20. de serv. 1, 14. u. ö. Vergl. auch Gloss. Labb.: bona fide, καλῇ πίστει.

2) Die Auffassung der bona fides im Zeitalter Cicero's lassen wir gegenwärtig außer Betracht; wir werden darauf später zurückkommen.

ziehung beruht die bona fides lediglich in dem Wollen und sie erscheint daher als reine Sache des Willens, nämlich als gesetzmäßiger Wille; in der ersteren Beziehung dagegen beruht sie ebensowohl in dem Wollen, wie in dem Wissen, daher sie gleichzeitig als Sache des Willens, wie des Bewußtseins erscheint und ebensowohl als guter Glaube, wie als redliche Absicht sich auffassen läßt.

§. 3.

Die bona fides in rein subjectiver Beziehung bezeichnet nach §. 2. die subjective Rechtmäßigkeit einer Handlung oder eines Verhältnisses, den Umstand nämlich, daß nach der dem Subjecte inwohnenden Kenntniß der Verhältnisse sein Verhalten gesetzlich sei [3]), und findet dann ihren Gegensatz in der mala fides oder κακὴ πίστις [4]), seltener in dem dolus malus [5]). Eine juristische Relevanz gewinnt diese bona fides mit Ausnahme der in §. 4. zu erörternden Beziehung, lediglich dann, wenn nach objectivem Gesichtspunkte die in Frage gestellten Handlungen oder Verhältnisse als rechtswidrig sich darstellen, z. B. beim Kauf einer gestohlenen Sache im Glauben, sie sei des Verkäufers Eigenthum, beim Besitz der fremden Sache als der eigenen, beim Leben des Sclaven in der Freiheit, in der Meinung, Freier zu sein u. dergl., und dann enthält dieselbe zugleich den negativen Moment als Nichtwissen des der Legalität der Handlung oder des Verhältnisses entgegenstehenden Umstandes. Jene juristische Relevanz aber offenbart sich diesfalls theils in positiver Weise, insofern an die Existenz der bona fides gewisse

3) Vergl. z. B. Julianus lib. 7. Digest. bei Ulp. lib. 16. ad Edict. (l. 7. §. 17. D. de Public. in rem. 6, 2.): traditionem rei emtae oportere bona fide fieri, ideoque si sciens alienam possessionem apprehendit, Publiciana eum experiri non posse.

4) Wegen κακὴ πίστις vergl. die Note 1. citirten Belege aus Nov. und Harmenop.; Theophil. tit. de usucap. 2, 6. sagt durchgängig bona und mala fides.

5) Dolus malus in diesem Sinne s. bei Ulpian. lib. 55. ad Edict. (l. 12. §. 1. D. de lib. caus. 40, 12.), Paul. lib. 62. ad Edict. (l. 9. D. quae in fraud. cred. 42, 8.), insbes. bei Ulpian. lib. 16. ad Edict. (l. 7. §. 11 —14. de Public. in rem. 6, 2.)

rechtliche Wirkungen geknüpft werden, wie z. B. an die bonae fidei possessio, theils in negativer Weise, indem derartige Nachtheile mit dem entgegenstehenden Bewußtsein verbunden sind, z. B. mit der malae fidei possessio [6]). Allein wenn auch im Wesentlichen die juristische Relevanz dieser bona fides, so ist doch selbstverständlich keineswegs deren Begriff an sich davon abhängig, daß der objective Sachverhalt den subjectiven Voraussetzungen widerstreitet, vielmehr ist der Besitz des Eigenthümes eben so gut bona fidei possessio, wie der Besitz desjenigen, der eine gestohlene Sache als die seinige besitzt.

§. 4.

Eine besondere Bedeutung erlangt endlich noch diese subjective bona fides gegenüber der, sei als durch das Gesetz des Staates vorgeschriebenen, sei es freiwillig übernommenen Verpflichtung zu wahrheitsgemäßer Aussage. Denn bei derartigen assertorischen Versicherungen vertritt sie die Pflichtmäßigkeit der Aussage, nämlich deren Uebereinstimmung mit der Wahrheit und bezeichnet somit den Umstand, daß eine gemachte Angabe der Kenntniß der Verhältnisse, also der subjectiven Wahrheit entsprechend sei, während es andrerseits als ganz irrelevant anerkannt werden muß, ob die gemachte Aussage dem wirklichen Sachverhältnisse entspricht oder nicht. Wird nun dieser Umstand in der betreffenden Aussage ausdrücklich mit hervorgehoben und bekräftigt, so gewinnt auch die hiermit gegebene Berufung auf die bona fides eine ähnliche Bedeutung, wie die moderne Credulitätsclausel im Eide, während gleichzeitig auch das „bona fide“ gleichbedeutend erscheint mit „ex animi mei sententia“ [7]), wobei in letzterer Beziehung nur der Unterschied obwaltet, daß die letztere Formel die feierlichere und gesetzlich sancirte war, während das „bona fide“ einen überwiegend vulgären Character an sich getragen zu haben scheint. Belege für diesen Ge-

6) Vergl. Puchta, Pandecten §. 57. unter 2. u. 3.

7) Wegen ex animi mei sententia vergl. Brisson, de form. VIII, c. 9. und dazu Liv. XXII, 53. Becker, Handb. der röm. Alterth. II, 2. p. 202. nimmt als übliche Formel an: ex animi sententia; allein nach Liv. l. c., wie Quint. J. O. VIII, 5, 1. lautete dieselbe: ex animi mei sententia.

brauch der bona fides bietet Plaut. Pers. IV, 3, 16., Capt. IV, 2, 110., Pseud. IV, 6, 33., sowie Aul. IV, 10, 42. sq.:

Ev. Dic bona fide: tu id aurum non subripuisti? Ly. Bona!
Ev. Neque scis, quis abstulerit? Ly. Istuc quoque bona!

worauf sodann in V. 46. die eigentliche Schwurclausel folgt: (si sciens fallo) tum me faciat quod volt magnus Jupiter, gleichwie auch bei Liv. XXII, 53. die ex animi sententia gegebene Aussage noch durch die Eidesformel bekräftigt wird.

Mit Recht sagt daher Augustinus c. Acad. II, 5.: Bona fides est: ex animi sententia.

§. 5.

In der anderweiten zweiten Bedeutung sodann vertritt die bona fides die objective Uebereinstimmung einer Handlung mit dem Rechtsgesetze, somit die effective und reale Harmonie des bei einer Handlung maaßgebenden Willens des Handelnden mit der Vorschrift des Gesetzes. Indem nun hierin die bona fides das doppelte Moment der Erfüllung der gebotenen Verpflichtung, wie der Unterlassung des Verbotenen umfaßt, steht sie im Gegensatze zum dolus malus, der auch in dieser Beziehung, obwohl nur selten, als mala fides [8]) bezeichnet wird, während neben ihr die diligentia als selbstständiges Stück sich vorfindet [9]).

Als das Rechtsgesetz, womit in Uebereinstimmung der Wille zur bona fides wird, fassen die Römer theils das jus auf, theils die aequitas, theils beide Normen indistinct. In der ersteren Beziehung wohnt jedoch der bona fides nur eine untergeordnete juristische Bedeutung inne, theils weil gegenüber dem jus die Richtung der bona fides fest und bestimmt normirt und somit nicht noch besonders zu expliciren ist, theils weil die Folgen dieser bona fides im Rechte überhaupt nicht selbstständig hervortreten, vielmehr nur ihr Gegensatz, der dolus malus, diese selbstständige Bedeutung erlangt. Hierin liegt der Grund, weßhalb diese bona fides in ihrer Richtung auf das jus nur selten in den Quellen Erwähnung findet; ein Beispiel für diese Be-

8) So bei Alexander in l. 1. C. de rescind. vend. 4, 44. s. unten §. 10. und in l. 8. C. de pact. 2, 3. Doch auch bereits bei Cic. de N. D. III, 30, 75.

9) Vergl. unten §. 14. Note 25.

ziehung des Begriffes findet sich jedoch bei Papinian. lib. 36. Quaest. (l. 38. §. 5. 7. D. ad l. Jul. de adult. 48, 5.):

Post divortium, quod cum noverca bona fide privignus fecerit, non esse crimen admittendum incesti. — — Incestum autem, quod per illicitam matrimonii conjunctionem admittitur, excusari solet sexu vel aetate vel etiam, puniendi correctione, quae bona fide intervenit,

wo bona fides die der lex Julia de adulteriis entsprechende Willensrichtung bezeichnet. Vergl. auch Ulpian. lib. 1. Resp. (l. 45. §. 1. D. de solut. 46, 3.). Hermogen. lib. 6. jur. Epit. (l. 46. §. 6. de j. fisc. 49, 14.).

Dagegen tritt in den Quellen des römischen Rechtes die bona fides stark und durchgreifend in ihrer Beziehung zur aequitas hervor, wo sie, entsprechend der subjectiven Bedeutung dieses Ausdruckes (vergl. §. 68.) die Uebereinstimmung der Willensrichtung mit jener bezeichnet.

Diese Beziehung der bona fides ist es, die uns im Nachstehenden ausschließlich beschäftigen und in §. 7 ff. näher darzulegen sein wird, während eine engere Bedeutung, wo die bona fides speciell den Gegensatz zur fraus bezeichnet, in §. 10. hervorgehoben werden wird.

§. 6.

Der Ausdruck bona fides kommt stehend theils als die Clausel ex bona fide vor, welche der Proceßformel einer bestimmten Classe von Klagen eigenthümlich ist, theils findet es sich in einzelnen anderen Wortverbindungen, unter denen sich vornämlich auszeichnen die Benennungen: bonae fidei interpretatio [10]), bonae fidei contractus [11]), bonae fidei negotia [12]), bonae fidei actiones oder judicia, sowie καλῇ πίστει ἀγωγαί [13]), καλῇ πίσ-

10) Aristo bei Neratius lib. 3. Membran. (l. 57. D. de pact. 2, 14.).

11) Vergl. Schilling, Inst. §. 251. Note n und dazu Symmach. Epist. III, 87.

12) Pomponius lib. 36. ad Q. Muc. (l. 57. D. de O. et A. 44, 7.): negotia, quae bonae fidei sunt; vergl. Boeth. ad Top. 17. p. 378. Or.: negotia, in quibus bonae fidei judicia nectuntur.

13) So bei Harmenop. §. 38. de act. 1, 3. Theophilus sagt durchgehends bonae fidei actio, judicium u. dergl.

τει συναλλάγματα [14]), während im Gegensatz dazu stehen die Ausdrücke: adstringenda obligatio [15]), stricta stipulatio [16]), stricti juris actiones oder judicia, stricta judicia [17]), στρίκται ἀγωγαί [18]), στρίκτα δικαστήρια [19]). In allen diesen Verbindungen wohnt der bona fides jene Beziehung zur aequitas inne, woraus sich ergiebt, theils daß der obige Gegensatz die Billigkeitsklagen und die Klagen des Rechtes, oder die Klagen des billigen und nicht billigen Rechtes gegenüberstellt, daher auch durch aequi et boni oder aequitatis judicia und juris judicia sich umschreiben läßt, theils daß, wie bereits in §. 68. bemerkt, jene Gegenüberstellung zu den vielen anomalen Bildungen der Gegensätze gehört, denen wir in der röm. Rechtstheorie begegnen, indem normaler Weise der Gegensatz entweder durch bonae fidei und doli mali judicia oder durch benigni und stricti juris judicia zu geben war.

Hiernach nun sind die bonae fidei judicia diejenigen Rechtsverhältnisse, bei denen im Gegensatz zu den stricti juris judicia die aequitas maaßgebende Norm für Regelung der gegenseitigen Ansprüche der Betheiligten war, und indem nun hiermit übereinstimmend der Richter durch die formula instruirt wurde, den Beklagten in dasjenige zu verurtheilen, was dieser ex bona fide dem Kläger zu prästiren hatte, so wird hiermit zugleich die aequitas zur Norm der richterlichen Entscheidung selbst erhoben [20]), vergl. §. 76. Die Modalität an sich aber, in welcher bei den bonae fidei judicia die aequitas zur leitenden Norm des Urtheiles sich erhebt, ist bereits in §. 66. 75. init. und 76. dargelegt

14) So im Scholion zum Harmenopul. p. 791. Heimb.

15) Celsus lib. 38. Dig. (l. 99. pr. D. de V. O. 45, 1.).

16) Boeth. ad Top. p. 378. Or.

17) S. Savigny, System Beilage XIII. unter I. und dazu Theophilus §. 28. 30. de action. 4, 6.

18) Theophil. §. 3. de except. 4, 13.

19) Theophil. §. 30. de act. 4, 6.

20) Lediglich diesen letzteren Moment faßt in's Auge Boeth. ad Cic. Top. p. 378 Or. Puchta, Instit. §. 165. verbindet das ex bona fide mit oportet, nicht mit dare facere, und sucht diese Ansicht dadurch möglich zu machen, daß er künstlich einen Sinn in jene Wortverbindung hineinträgt, der an sich derselben gar nicht inliegt.

worden: Der Richter wird durch die Formel zunächst angewiesen, entsprechend der Individualität des ihm vorgelegten, concreten Verhältnisses, also entsprechend dem fünften der in §. 66. dargelegten Principien der aequitas zu urtheilen; innerhalb der hiermit nachgelassenen Gränzen treten jedoch als bestimmende Gesichtspunkte für das Urtheil zugleich die vier ersten Principien der aequitas hervor.

Nach Alle dem ist nun die behauptete innere Beziehung von bona fides und bonae fidei judicium zur aequitas darzulegen.

§. 7.

Die angegebene innere Verbindung von bona fides und bonae fidei judicium mit der aequitas offenbart sich in doppelter Weise, theils indem jene Beiden geradezu auf die aequitas im Allgemeinen zurückgeführt werden, theils indem die nämlichen fünf Principien, welche wir in §. 66. als die leitenden Tendenzen der aequitas anerkannten, auch als bestimmende Gesichtspunkte für den Umfang der bona fides sich darstellen. In beiden Punkten nun werden wir die Quellen in's Auge fassen, wobei wir zunächst die letztere Beweisführung antreten.

Als das erste jener fünf Principien, deren Vertretung wir der aequitas überwiesen, erkannten wir in §. 66. die Berücksichtigung der auf die Blutsverwandtschaft und Ehe gestützten Verbindungen.

Ein Zeugniß nun dafür, daß die Beobachtung der durch dieses Princip gebotenen Pflichten einen Bestandtheil der bona fides ausmache, ein solches Zeugniß steht, mir zwar bezüglich der bona fides an sich nicht zu Gebote; allein ebensowohl spricht dafür Ulpianus lib. 71. ad Edict. (l. 3. §. 4. D. de hom. lib. exhib. 43, 29):

> Si eum quis retineat filium, quem non habet in potestate, plerumque sine dolo malo facere videbitur; pietas enim genuina efficit sine dolo malo retineri, nisi si evidens dolus malus intercedat;

wie auch bezüglich der bonae fidei judicia als Beleg dient Papinian lib. 27. Quaest. (l. 54. pr. D. mand. 17, 1.):

> Placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam;

womit übereinstimmt, daß wie Justinian in l. un. §. 7. C. de rei un. act. 5, 13. bezeugt, nur bei der actio rei uxoriae, nicht aber bei der condictio dotis ex stipulatu das beneficium competentiae statt hatte.

§. 8.

Das zweite Princip der aequitas umfaßt nach §. 66. die Aufrechterhaltung der im rechtlichen Verkehre durch Treu und Glauben gebotenen Verpflichtungen. Dieses Gebot der Erfüllung von Verbindlichkeiten beruht aber selbst wieder auf einem dreifachen Grunde, nämlich darauf, daß entweder durch besonderes Angelöbniß, oder durch die Natur des Rechtsgeschäftes, oder endlich durch Gewohnheit und Sitte des Verkehres im täglichen Leben die in Frage gestellte Verpflichtung begründet ist, wobei dann, was den letzten Verpflichtungsgrund anbetrifft, die durch die aequitas anerkannte bindende Kraft der Sitte und Gewohnheit nicht etwa in einem wahrhaft gewohnheitsrechtlichen Character derselben, als vielmehr darin zu erblicken ist, daß das, was die Sitte des täglichen Lebens erfordert, von den Contrahenten gekannt und berücksichtigt, und somit dem Rechtsgeschäfte stillschweigend inserirt ist. Die Erfüllung solcher Verpflichtungen bildet ein nicht besonders benanntes Stück der bona fides, die Nichterfüllung eine als dolus und culpa besonders hervortretende Beziehung des dolus malus, während die Griechen in dieser Beziehung die speciellen Bezeichnungen: εὐγνωμοσύνη und ἀγνωμοσύνη kennen [21]).

Als Belege für diese Beziehung von bona fides und bonae fidei judicium mögen folgende Stellen dienen:

Javolenus lib. 11. Epist. (l. 21. D. loc. 19, 2.):

Bona fides exigit, ut quod convenit fiat.

Papinianus lib. 2. Quaest. (l. 1. pr. D. de usur. 22, 1.):

Cum judicio bonae fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur, ita tamen, ut legem non offendat.

---

21) Vergl. Reiz, Glossar. Theophil. s. v. Αγνομων und Theophil. §. 2. de perpet. et temp. 4, 12. S. auch Harmenop. §. 31. de loc. 3, 8. Vergl. endlich Gloss. Labb.: Equi bonique facio, εὐγνομονεῖν τινι.

Ulpianus lib. 1. ad Edict. Aedil. curul. (l. 31. §. 20. D. de aed. ed. 21, 1.).

Ea, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire.

Lib. 10. ad Edict. (l. 37. D. de usur. 22, 1.):

Dici, usuras venire, eas autem, quae in regione frequentantur, ut est in bonae fidei judiciis constitutum.

Lib. 32. ad Edict. (l. 11. §. 1. D. de A. E. 19, 1.):

Et in primis sciendum est, in hoc judicio (sc. emti) id demum deduci, quod praestari convenit; quum enim sit bonae fidei judicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est.

Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestate.

Paulus lib. 33. ad Edict. (l. 3. D. de rescind. vend. 18, 5.):

Bonae fidei judicio exceptiones pacti insunt.

Symmachus Epist. III, 87.:

Vox juris ac legum est, bonae fidei contractum non posse rescindi.

Vergl. ferner Proculus und Pegasus bei Paulus lib. 9. ad Edict. (l. 8. D. de neg. gest. 3, 5.); Neratius lib. 3. Membr. (l. 57. D. de pact. 2, 14.); Julianus lib. 21. Dig. bei Ulp. lib. 35. ad Edict. (l. 5. §. 7. D. de administr. 26, 7.); Africanus lib. 8. Quaest. (l. 50. pr. D. de j. dot. 23, 3.); Scaevola lib. 2. Resp. (l. 48. D. de A. E. 19, 1.); Ulpian. lib. 4. ad Edict. (l. 7. §. 5. 6. D. de pact. 2, 14.), lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.), lib. 41. ad Sabin. (l. 11. D. depos. 16, 3.); Paul. lib. 3. ad Edict. (l. 27. §. 2. D. de pact. 2, 14.), lib. 28. ad Edict. (l. 7. pr. D. de eo quod certo 13, 4), lib. 32. ad Edict. (l. 22. §. 4. D. mand. 17, 1.), Diocletianus et Maximianus in l. 22. C de locat. 4, 65. und in l. 8 C. de rescind. vend. 4, 44., Sueton., August. c. 42.

§. 9.

Das dritte der in §. 66. angegebenen Principien, die Zutheilung, wie Aberkennung von Vortheil und Nachtheil, und insbesondere von Gewinn und Verlust nach dem durch die Verhältnisse gegebenen Maaßstabe von Angemessenheit, wird in

nachstehenden Stellen theils an sich, theils in einzelnen Folgesätzen der bona fides, wie den bonae fidei judicia untergelegt:

Labeo lib. 4. Poster. (l. 50. D. de A. E. 19, 1.):

Bona fides non patitur, ut, cum emtor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei traderetur, venditor tradere compellatur.

Julianus lib. 3. Digest. (l. 6. §. 4. D. de neg. gest. 3, 5.):

Si quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum gessit, nulla ex utroque latere nascitur actio, quia nec fides bona hoc patitur.

Africanus lib. 8. Quaest. (l. 63. §. 3. D. de furt. 47, 2.):

Quodsi sciens quis ignoranti furem (sc. servum) pignori dederit, omnimodo damnum praestare cogendus est; id enim bonae fidei convenire.

Gajus lib. 18. ad Edict. prov. (l. 57. D. de R. J.):

Bona fides non patitur, ut his idem exigatur.

Instit. IV, 63.:

In bis (bonae fidei judiciis) quidem judici nullo modo est iniunctum compensationis rationem habere; sed quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, id officio ejus contineri videtur.

Papinianus lib. 28. Quaest. (l. 5. D. de usur. 22, 1.):

Generaliter observari convenit, bonae fidei judicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideratur.

Ulpianus lib. 31. ad Edict. (l. 10. §. 3. D. mand. 17, 1.):

Si procurator meus pecuniam meam babeat, ex mora utique usuras mihi pendet. Sed et si pecuniam meam foenori dedit usurasque consecutus est, consequenter dicemus, debere eum praestare, quantumcunque emolumentum sensit, sive ei mandavi, sive non, quia bonae fidei boc congruit, ne de alieno lucrum sentiat.

lib. 32. ad Edict. (l. 11. §. 18. D. de A. E. 19, 1.):

Neque enim bonae fidei contractum banc pati conventionem, ut emtor rem amitteret et pretium venditor retineret.

Vergl. ferner Pomponius lib. 22. ad Sabin. (l. 12. §. 1. D. depos. 16, 3.); Papinianus lib. 11. Quaest. (l. 41. D. de jud. 5, 1.); Ulpian. lib. 28. ad Edict. (l. 3. §. 2. D. commod. 13, 6.), lib. 31. ad Edict. (l. 12. §. 11. D. mand. 17, 1.), lib. 3.

Disput. (l. 21. D. solut. matrim. 24, 13.); Paulus lib. 22. ad Edict. (l. 45. §. 1. D. locat. 19, 2.).

Endlich gehören hierher insbesondere noch die mehrfachen, der bona fides oder den bonae fidei judicia überwiesenen Bestimmungen wegen der Zinsen und Früchte, worüber vergl. namentlich Papinianus lib. 9. Quaest. (l. 24. D. depos. 16, 3.), Ulpianus lib. 15. ad. Edict. (l. 34. D. de usur. 22, 1.), Paulus lib. 6. ad Plaut. (l. 38. §. 15. D. eod.), lib. 5. Respons. (l. 54. pr. D. loc. 19, 2.), Marcianus lib. 4. Regul. (l. 32. D. eod.), Gordianus in l. 2. C. depos. 4, 34., Diocletianus et Maximianus in l. 18. C. de neg. gest. 2, 19.

§. 10.

Die vierte in §. 66. angegebene Tendenz der aequitas, das Princip der Prävalenz des Willens gegenüber der Willenserklärung wird in mehrfachen Folgesätzen der bona fides, wie den bonae fidei judiciis überwiesen, wobei wir diese Belege selbst in zwei Gruppen scheiden. Der ersten Classe fallen anheim:

Africanus lib. 2. Quaest. (l. 46. D. de hered. inst. 28, 5.), namentlich in den Worten:

> Eam actionem patri inutilem fore, quia non sit ex bona fide, id ei restitui, quod testator ad eum pervenire noluerit,

und Boëthius ad Cic. Top. 17. p. 378 Or.:

> In his enim (i. e. bonae fidei negotiis), qui fuerit animus contrahentium, quaeri solet.

Ferner Ulpianus lib. 7. Disput. (l. 19. §. 4. D. mand. 17, 1.):

> De bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit nec ne?

wozu den Gegensatz bildet Celsus lib. 38. Dig. (l. 99. pr. D. de V. O. 45, 1.):

> Quicquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur, omissum intelligitur. Ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere. Nec rursum promissor ferendus est, si ejus intererit, de certis potius vasis forte, aut hominibus actum esse.

Endlich Paulus lib. 5. Quaest. (l. 7. §. 1. D. de rescind. vend. 18, 5.):

Vix bonae fidei convenire, eo pacto stari, quod alteri captiosum sit, et maxime, si justo errore sit deceptus.

In der zweiten Classe von Stellen steht die bona fides im Gegensatze ebensowohl zur Benutzung des error des Mitcontrahenten. wie zu der vis und fraus oder dem dolus malus in diesem engeren Sinne, und der letztere Gegensatz ist es, in welchem die bona fides die specielle Bedeutung als die der fraus entgegengesetzte Willensrichtung annimmt. Diese letztere Bedeutung entzieht sich im Allgemeinen der Wahrnehmung, wird jedoch deutlich erkenntlich bei

Papinianus lib. 19. Quaest. (l. 54. D. ad S. C. Trebell. 36, 1.):
Titius rogatur, quod ex hereditate superfuisset, Maevio restituere. Quod medio tempore alienatum vel deminutum est ita quandoque peti non poterit, si non intervertendi fideicommissi gratia tale aliquid factum probetur; verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat. Divus autem Marcus, quum de fideicommissaria hereditate cognosceret, his verbis: „quidquid ex hereditate mea superfuerit, rogo restituas“ et boni viri arbitrium inesse credidit.

Denn in dieser Stelle erscheint boni viri arbitrium, welches das der aequitas entsprechende Urtheil bezeichnet (§. 23.), als der weitere Begriff, während bona fides die obige specielle Bedeutung vertritt und den Gegensatz zum intervertere bildet.

Im Uebrigen erhellt die hier fragliche Beziehung der bona fides zur aequitas aus nachstehenden Stellen:

Africanus lib. 9. Quaest. (l. 22. D. de manum. test. 40, 4.):
Bona fide et citra fraudem.

Ulpianus lib. 11. ad Edict. (l. 11. §. 1. D. de dol. mal. 4, 3.):
In factum verbis temperandam de dolo actionem, ut bonae fidei mentionem fiat [22]).

Ibid. (l. 116. pr. D. de R. J. 50, 17.):
Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei judicia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est.

---

22) d. h. bei der actio in factum de dolo malo ist in der Formel der dolus malus zu umschreiben durch eine negirende Bezugnahme auf die bona fides, damit auf diesem Wege der Ausdruck dolus malus vermieden und euphemistisch wiedergegeben werde.

Paulus lib. 32. ad Edict. (l. 3. §. 3. D. p. soc. 17, 2.):
Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.

Pomponius lib. 9. ad Sabin. (l. 6. §. 9. D. de A. E. 19, 1.):
— — dolum malum ejus, quem semper abesse oportet in judicio emti, quod bonae fidei sit.

Augustin. in Psalm. 102.
Initus est bonae fidei contractus: nemo fallit redemptorem tuum, nemo circumvenit, nemo premit.

Vergl. auch Celsus bei Ulpian. lib. 29. ad Edict. (l. 23. D. de R. J. 50, 17.), Africanus lib. 8. Quaest. (l. 35. pr. D. loc. 19, 2. u. l. 51. pr. D. de aedil. edict. 21, 1.), Gajus lib. 3. ad Edict. prov. (l. 34. l. 46. §. 4. D. de proc. 3, 3.), lib. 9. ad Edict. prov. (l. 27. §. 4. D. mand. 17, 1.), Papinianus lib. 25. Quaest. (l. 2. D. de separat. 42, 6.); Ulpianus lib. 30. ad Sabin. (l. 45. D. p. soc. 17, 2.), lib. 2. Disput. (l. 6. D. quod cum eo qui in aliena 14, 5.); Alexander in l. 1. C. de rescind. vend. 4, 44.; Diocletianus et Maximianus in l. 5. C. eod.

§. 11.

Die Verwirklichung des fünften der in §. 66. angegebenen Principien in den bonae fidei judicia, des Princips nämlich der Berücksichtigung der Individualität des concreten Verhältnisses Seitens des Richters wie auch, selbstverständlich, Seitens des Interessenten selbst ergiebt sich im Allgemeinen daraus, daß in den bonae fidei judicia nur condemnationes infinitae vorkommen. Daher sagt Paulus lib. 9. ad Edict. (l. 7. D. de neg. gest. 3, 5.) ganz allgemein:

Tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis[23]) valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.

Wegen einzelner Punkte wird dies besonders anerkannt, so bezüglich der Zinsen von

23) Wegen der einschlagenden Bedeutung von officium und arbitrium judicis s. unten sub. D. Vergl. übrigens zu diesem §. den §. 76.

Papinian. lib. 2. Quaest. (l. 1. pr. D. de usur. 22, 1.):

Cum judicio bonae fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus — — constituitur.

lib. 9. Quaest. (l. 24. D. depos. 16, 3.):

Est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio.

Paulus lib. V. Respons. (l. 54. pr. D. loc. 19, 2.):

Usurae enim in bonae fidei judiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio judicis applicentur, tamen quum fidejussor in omnem causam se obligavit, aequum videtur, ipsum quoque agnoscere onus usurarum.

Auf gleichem Principe beruht auch das jusjurandum in litem bei den bonae fidei judicia, worüber vergl. Ulpianus lib. 36. ad Edict. (l. 4. §. 2. D. de in lit. jur. 12, 3.), Marcianus lib. 4. Regul. (l. 5. pr. D. eod.).

§. 12.

Zum Schlusse dieses Theiles unserer Beweisführung theilen wir noch eine Stelle mit, in welcher mehrere der von uns angenommenen fünf Principien den bonae fidei judicia attribuirt werden. Es sagt nämlich

Boethius ad Cic. Top. 17. p. 378 Or.:

In his enim (i. e. bonae fidei negotiis), qui fuerit animus contrahentium, quaeri solet; qui deprehendi vix poterit, nisi praecedentibus causis intelligatur. In his igitur judiciis, in quibus additur, ut ex bona fide judicent, id est ubi ita judices dantur, ut non strictas inter litigantes stipulationes, sed bonam fidem quaerant, plurimus causarum usus est. Additur „ut inter bonos bene agier oportet;“ considerantur mores; inquiruntur consilia; statuitur, quibus quidque de causis administratum sit.

In dieser Stelle, welche keinen Anspruch auf die Klarheit und Präcision einer wissenschaftlichen Exposition macht, noch machen kann, wird das vierte der obigen Principien durch die Positionen characterisirt: qui fuerit animus contrahentium quaeri solet und non strictas inter litigantes stipulationes quaerant; das zweite jener Principien durch die Positionen: considerantur mo-

res, inquiruntur consilia; das dritte derselben durch die Worte: statuitur, quibus quidque de causis administratum sit.

§. 13.

Der andere Theil unserer Beweisführung (vergl. §. 7.) hat darzulegen, daß theils die bona fides geradezu mit der aequitas identificirt, resp. für correlat erklärt, theils die Letztere als die maaßgebende Norm der bonae fidei judicia hingestellt worden ist. Dies findet statt bei

Gajus Inst. IV, 61.:

In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat.

Ulpianus lib. 25. ad Edict. (l. 14. §. 6. D. de relig. 11, 7.):

Aequum autum accipitur — — ex bona fide, ut neque plus imputetur sumtus nomine, quam factum est, neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est.

Paulus lib. 3. ad Plaut. (l. 14. §. 1. D. comm. divid. 10, 3.):

Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet, si vindicarteur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo judicio mecum agatur, aequitate ipsius judicii retinere possim? considerandum est. Quod quidem magis puto, quia bonae fidei judicium est communi dividundo

Ferner Gajus Inst. III, 137.:

In his contractibus (qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet,

in Vergleichung mit dessen lib. III. Aureor. (l. 5. pr. D. de O. et A. 44, 7.):

Actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet;

vornämlich aber Tryphoninus lib. 9. Disput. (l. 31. D. depos. 16, 3.):

Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat. — — Incurrit hic — — inspectio: bonam fidem inter eos tantum, inter quos contractum est, nullo extrinsecus assumto, aestimare debeamus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id, quod geritur, pertinet?

Exempli loco: latro spolia, quae mihi abstulit, posuit apud Sejum, inscium de malitia deponentis; utrum latroni, an mihi restituere Sejus debeat? Si per se dantem accipientemque intueamur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is, qui dedit; si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis, quae negotio isto continguntur, impletur, mihi reddenda sunt, quae facto scelestissimo adempta sunt. Et probo hanc esse justitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae justiore repetitione.

B.

Dolus malus. Doli mali exceptio.

§. 14.

Gleich der bona fides trägt auch der dolus malus eine zwiefache Grundbedeutung in sich, indem die Widerrechtlichkeit der Willensrichtung, welche er vertritt, wie die bona fides entweder in rein subjectiver oder in einer zugleich objectiven Beziehung aufgefaßt wird. Hier ist dolus malus eine Willensrichtung, welche überhaupt widerrechtlich ist; dort ist dolus malus die Willensrichtung, welche nach den dem Subjecte inwohnenden Voraussetzungen, nach seiner Kenntniß der Thatumstände, widerrechtlich ist. In dieser letzteren Beziehung tritt der dolus malus überwiegend als Moment des Bewußtseins hervor; er stellt sich dar als Kenntniß der die Widerrechtlichkeit einer Handlung oder eines Verhältnisses bedingenden Umstände; dann ist er gleichbedeutend mit der mala fides, welche selbst regelmäßig diese psychische Beziehung vertritt und somit den dolus malus in die Stellung einer ausnahmsweisen Bezeichnung zurückdrängt [24].

In der anderen Beziehung ist der dolus malus lediglich Sache des Wollens und erscheint als Wille, der durch seine Richtung, resp. durch seinen Zweck mit dem Gesetze collidirt, daher hier der dolus malus die Absicht bezeichnet, einen widerrechtlichen Thatbestand hervorzubringen. Neben ihm steht die culpa, als die Absicht, deren Verwirklichung nach den Gesetzen des Möglichen einen widerrechtlichen Thatbestand hervorbringen kann; ihm gegenüber steht die bona fides in der in §. 5. her-

24) Vergl. §. 4. Note 6., woselbst die Belege.

vorgehobenen Bedeutung, während anderntheils der culpa wiederum die diligentia gegenübersteht. Dolus malus und culpa, und dolus malus und bona fides verhalten sich daher in der nämlichen Weise zu einander, wie einestheils die bona fides, anderntheils die culpa zur diligentia [25]).

§. 15.

Als das Rechtsgesetz, dessen Verletzung der dolus malus intendirt, fassen die Römer in der nämlichen Weise, wie bezüglich der bona fides eine doppelte Norm in's Auge, das positive Gesetz, das jus oder jus civile, und das Naturrecht, die aequitas oder das jus naturale, daher der dolus malus die Richtung des Willens entweder gegen beide Normen indistinct, oder gegen eine von beiden Normen insbesondere bezeichnet. Das Erstere findet z. B. statt, wenn Paulus lib. sing. ad S. C. Libon. (l. 22. pr. D. de l. Corn. de fals. 48, 10.) sagt:

> — — dolus malus in eam aetatem (i. e. impuberum) non cadat,

während, was das Letztere betrifft, die Richtung des Willens gegen das positive Gesetz allenthalben dann den Inhalt des dolus malus bildet, wenn der Gesetzgeber selbst die absichtliche Uebertretung seines Gesetzes durch dolus malus bezeichnet. Dies ist z. B. der Fall, wenn die lex Julia de adulteriis sancirte:

> ne quis posthac stuprum adulteriumve facito sciens dolo malo [26]),

indem hier der dolus malus speciell diejenige Richtung des Willens bezeichnet, welche zur Absicht, den vom Gesetz verpönten Thatbestand hervorzubringen, sich gestaltet. Gleiches gilt, wenn der Prätor im edictum de albo corrupto denjenigen mit Strafe

---

25) Dieses Verhältniß prägt sich am Vollkommensten aus bei Proculus lib. 6. Epist. (l. 68. pr. D. de contr. emt. 18, 1.): Existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare oportere, id est non solum, ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa. So werden diligentia und bona fides öfter nebeneinandergestellt z. B. von Pomponius lib. 5. ad Sabin. (l. 8. D. de manum. test. 40, 4.). Doch kommt auch bona fides im Gegensatze zum dolus malus und zur culpa vor, so in l. 10. pr. jcta l. 8. §. 10. mand. 17, 1.

26) Vergl. Ulpian. lib. 1. de adulter. (l. 12. pr. D. ad l. Jul. de adult. 48, 8.).

bedrohte, qui id, quod jurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit[27]), oder wenn Javolenus lib. 6. Epist. (l. 199. D. de R. J. 50, 17.) sagt:

Non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit, oder wenn es in der Formel der legis actio per manus injectionem[28]) heißt:

Quod tu mihi judicatus es, sestertium millia, quae dolo malo non solvisti, etc.

Denn in allen diesen Fällen erscheint als die Norm, welche mit dolus malus verletzt wird, das betreffende positive Gesetz.

Innerhalb dieser Beziehung des dolus malus zum positiven Rechte tritt endlich diejenige bestimmte Richtung desselben noch besonders hervor, welche zur fraus sich gestaltet, indem nämlich diese fraus ebenfalls dolus malus κατ' ἐξοχήν benannt und hierdurch eine besondere und specielle Bedeutung dieses Ausdruckes begründet wird. Allein auch hierbei kommt selbstverständlich dieser dolus malus nach dem gegenwärtigen Gesichtspunkte nur insoweit in Betracht, als er durch das positive Recht selbst reprimirt ist.

§. 16.

Eine weit wichtigere und weiter greifende Beziehung hat endlich der dolus malus gegenüber der aequitas, wo er die derselben widerstrebende Absicht, das ihr widerstreitende Verhalten in Gesinnungs- und Handlungsweise bezeichnet. Dieser Richtung des dolus malus, welche uns fortan ausschließlich interessirt, und innerhalb deren der dolus malus ebenfalls in der speciellen Bedeutung von fraus hervortritt, entspricht als das denselben durchgreifend abwehrende Rechtsmittel die exceptio doli mali, welche sonach mit den bonae fidei judicia das gemein hat, daß Beide das aequum et bonum processualisch verwirklichen und durchführen, wobei freilich die exceptio doli rein defensiv und negativ sich verhält, während den bonae fidei judicia überwiegend eine aggressive und positive Stellung zukommt.

27) Ulpianus lib. 3. ad Edict. (l. 7. pr. vergl. §. 4. 5. D. de jurisdict. 2, 1.)

28) Gaj. IV, 21.



Diese innere Verbindung von aequitas und bona fides mit der exceptio doli und der Gegensatz des dolus malus zu den ersten Beiden wird nun in einer dreifachen Modalität bezeugt, in der Weise nämlich, daß die exceptio doli in eine Beziehung sowohl zur aequitas, als zur bona fides, wie endlich zu den leitenden fünf Principien Beider, der dolus malus aber in den entsprechenden Gegensatz zu diesen drei Begriffen gestellt wird.

In der ersten dieser drei Modalitäten findet jenes Verhältniß des dolus malus und der doli mali exceptio zur aequitas seinen Ausdruck bei:

Javolenus lib. 6. Epist. (l. 25. D. de donat. 39, 5.):
Si rem tibi dederim, ut Titio meo nomine donares et tu tuo nomine ei dederis, quantum ad juris subtilitatem, accipientis facta non est, et tu furti obligaris; sed benignius est, si agam contra eum, qui rem accepit, exceptione doli mali me summoveri.

Papinianus lib. 3. Quaest. (l. 12. D. de dol. exc. 44, 4.):
Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.

Paulus lib. 7. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. de dol. exc. 44, 4.):
Ideo autem hanc exceptionem (doli mali) Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

Vergl. auch §. 30. J. de act 4, 6.

§. 17.

Durch die Angabe des Verhältnisses von dolus malus und exceptio doli mali zur bona fides wird die von uns behauptete Beziehung Beider zur aequitas dargestellt von

Proculus lib. 6. Epist. (l. 68 pr. D. de contr. emt. 18, 1) s. §. 14. Note 25.

Celsus bei Ulpianus lib. 29. ad Edict. (l. 23. D. de R. J. 50, 17.):
Celsus putat, non valere, si convenerit (sc. in societate et rerum communione), ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei judicio contrarium esse.

Julianus lib. 33. Dig. (l. 84. §. 5. D de leg. I.):
Hoc judicium bonae fidei est et continet in se doli mali exceptionem.

Pomponius lib. 9. ad Sabin. (l. 6. §. 9. D. de A. E. 19, 1.):
— — dolum malum ejus, quem semper abesse oportet in judicio emti, quod bonae fidei sit.

Ulpianus lib. 3. Disput. (l. 21. solut. matrim. 24, 3.):
Quum enim doli exceptio insit de dote actioni, ut in ceteris bonae fidei judiciis.

lib. 69. ad Edict. (l. 152. §. 3. D. de R J. 50, 17.):
In contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur.

Paulus lib. 32. ad Edict. (l 3. §. 3. D. p. soc. 17, 2.):
Bona fides contraria est fraudi et dolo;

lib. 5. ad Plaut. (l. 57. §. 3. D. de contr. emt. 18, 1.):
Nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando, et judicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, venditionem stare non concedente.

§. 18.

Was endlich die Beziehung von dolus malus und doli mali exceptio zu den in §. 66. angegebenen fünf Principien der aequitas betrifft, so wird solche bezüglich des ersten Princips, der Berücksichtigung der auf Blutsverwandtschaft und Ehe gestützten Verbindungen ausgesprochen von

Neratius und Sabinus bei Paulus lib. 7. ad Sabin. (l. 17. §. 2. D. solut. matrim. 24, 3.):
Si in judicio dotis judex ignorantia juris lapsus condemnaverit maritum in solidum, Neratius et Sabinus, doli exceptione eum uti oportere, aiunt, eaque tutum fore.

wozu vergl. Paulus l. c. (l. 17. §. 1. D. eod.).

Scaevola lib. 3. Dig. (l. 58. D. de hered. pet. 5, 3.):
Filius a patre emancipatus, secundum conditionem testamenti matris adiit hereditatem, quam pater, antequam filium emanciparet, possedit, fructusque ex ea percepit, sed erogationem in honorem filii, quum esset senator, fecit ex ea. Quaesitum est, cum paratus sit pater restituere hereditatem, habita ratione eorum, quae in eum erogavit, an filius, nihilominus perseverans petere hereditatem, doli mali exceptione summoveri possit? Respondi: et si non exciperetur, satis per officium judicis consuli.

Vergl. auch Papinian. lib. 13. Quaest. (l. 11. §. 2 D. de B P sec. tab. 37, 11.), wo das auf Adoption beruhende Verwandtschaftsverhältniß durch doli mali exceptio geschützt wird.

§. 19.

Die Beziehung von dolus malus und d. m. exceptio zu Princip 2., der Aufrechterhaltung der im rechtlichen Verkehre durch Treu und Glauben gebotenen Verpflichtungen ist u. A. anerkannt von

Ulpianus lib. 43. ad Sabin. (l. 23. §. 3. D. de cond. indeb. 12,6.): Si post litem contestatam transactum est, nihilominus poterit exceptione doli uti post secuti; dolo enim facit, qui contra transactionem expertus, amplius petit.

lib. 76. ad Edict. (l. 2. §. 4. 6. D. de dol. exc. 44, 4.): Si quis pure stipulatus sit certam quantitatem, quia hoc actum sit, sed post stipulationem interpositam pactus sit, ne interim pecunia usque ad certum diem petatur, an noceat exceptio doli? Et quidem de pato convento excipi posse, nequaquam ambigendum est; sed et si hac quis exceptione uti velit, nihilo minus poterit; dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest.

Non male dictum est, si creditor usuras in futurum acceperit, deinde pecuniam nihilominus petat, antequam id tempus praetereat, cujus temporis usuras accepit, an doli exceptione repellatur? Et potest dici, dolo eum facere; accipiendo enim usuras distulisse videtur petitionem in id tempus, quod est post diem usurarum praestitarum, et tacite convenisse, interim se non petiturum.

Vergl. auch Trebatius und Julianus bei Ulpianus lib. 4. ad Edict. (l. 10. §. 2. l. 14. D. de pact. 2, 14.), Julianus bei dems. lib. 76. ad Edict. (l 4. §. 11. D. de dol. exc. 44, 4.), Paulus lib. 3. ad Edict. (l. 21. §. 1. D. de pact. 2, 14).

Diese exceptio doli mali heißt auch speciell exceptio pacti.

§. 20.

Mit dem dritten Principe, der Zutheilung und Aberkennung von Vortheil und Nachtheil, wie insbesondere von Gewinn und Verlust nach dem durch die Verhältnisse gegebenen Maaß-

stabe von Angemessenheit werden dolus malus und d. m. exceptio in Verbindung gesetzt von

Proculus bei Paulus lib. 30. ad Edict. (l. 17. §. 4. D. de inst. act. 14, 3.):

Videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram.

Ulpianus lib. 76. ad Edict. (l. 2. § 3. l. 4. §. 4. §. 8. D. de dol. mal. exc. 44, 4.):

Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit. Licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, eum quum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere; et si, quum interponeretur, justam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit, et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit, nocere exceptionem.

Si quis pupillo solverit sine tutoris auctoritate id, quod debuit, eaque ex solutione locupletior factus sit pupillus, rectissime dicetur, exceptionem petentibus nocere; nam et si mutuam acceperit pecuniam vel ex quo alio contractu locupletior factus sit, dandam esse exceptionem. Idemque et in ceteris erit dicendum, quibus non recte solvitur; nam si facti sint locupletiores exceptio locum habebit.

Si uniones tibi pignori dedero et convenerit, ut soluta pecunia redderentur, et hi uniones culpa tua perierint et pecuniam petas? Et exstat Nervae et Atilicini sententia, dicentium ita esse excipiendum: „si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones mihi reddantur." Sed est verius, exceptionem doli mali nocere debere.

Vergl. auch ebendas. Ofilius (l. 4. §. 6. D. de exc. dol. 44, 4.) und Labeo (l. 4. §. 7. D. cit.), sowie Ulpian selbst (l. 2. §. 7. l. 4. §. 3. 9. 12. l. 7. D. eod.), Gajus lib. 2 Aureor. (l. 7. §. 12. l. 9. pr. §. 1. 2. D. de acqu. dom. 41, 1.), Inst. II, 76—78. 84. Paulus lib. 21. ad Edict. (l. 23. §. 4. D. de R. V. 6, 1.), lib. 36. ad Edict. (l. 23. D. solut. matrim. 24, 3.), lib. 71. ad Edict. (l. 5. pr. §. 2. D. de dol. exc. 44, 4.), lib. 3. Respons.

(l. 14. D. eod.), lib. 3. ad Plaut. (l. 14. §. 1. D. comm. div. 10, 3.), Hermogenianus lib. 6. juris epitom. (l. 16. D. de dol. exc. 44, 4.) u. a. m.

§. 21.

Zu dem vierten Principe, der überwiegenden rechtlichen Relevanz des Willens gegenüber der Willenserklärung sind dolus malus und d. m. exceptio in die behauptete Beziehung gestellt zunächst von

Labeo bei Ulpianus lib. 76. ad Edict. (l. 4. §. 1. D. de dol. exc. 44, 4.):

Julianus scripsit: si quis, quum aeger esset, centum aureos uxoris suae consobrino spopondisset, volens scilicet eam pecuniam ad mulierem pervenire, deinde convaluerit, an exceptione uti possit, si conveniatur? Et refert Labeoni placuisse, doli mali exceptione uti eum posse.

Africanus lib. 5. Quaest. (l. 88. §. 1. D. ad l. Falc. 35, 2.):

— — et iniquum et contra voluntatem testatoris existimabitur. — — Ergo per exceptionem doli mali tota ea res temperanda erit.

Scaevola lib. 27. Dig. (l. 17. pr. D. eod.):

Pater pro filia dotem promiserat et pactus erat, ut ipse aleret filiam suam ejusque homines; idem homo rusticanus genero scripsit, quasi usuras praeteritas ex dotis promissione. Quaesitum est: quum ipse filiam suam exhibuerit et maritus nullam impensam fecerit, an ex chirographo, ex stipulatu agenti genero exceptio obstare debeat? Respondit: si, ut proponitur, pater quum exhiberet, per errorem promisisset, locum fore doli mali exceptioni.

Ulpianus lib. 76. ad Edict. (l. 4. §. 10. D. eod.):

Sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere; et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur.

Vergl. Pomponius lib. 15. ad Sabin. (l. 4. D. solut. matrim. 24, 3.), Scaevola lib. 27. Dig. (l. 17. §. 1. 3. de dol. mal. exc. 44, 4.), Papinianus lib. 6. Respons. (l. 22. D. de adim. leg. 34, 4.), lib. 12. Respons. (fr. Vat. §. 294.), Florentinus lib. 8.

Instit. (l. 43. §. 2. D. de contr. emt. 18, 1.), Ulpianus lib. 24. ad Sabiu. (l. 19. D. de R. J. 50, 17.).

Sodann

Ulpianus lib. 11. ad Edict. (l. 14. §. 14. D. quod met. c. 4, 2.):
Eum qui metum fecit et de dolo teneri, certum est; et ita Pomponius.

lib. 56. ad Edict. (l. 2. §. 8. vi bon. rapt. 47, 8.):
Doli mali mentio hic et vim in se habet; nam qui vim facit, dolo malo facit.

lib. 48. ad Sabin. (l. 36. D. de V. O. 45, 1.):
Si quis quum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitate juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest; quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio.

Vergl. Labeo und Celsus bei Ulpian. lib. 76. ad Edict. (l. 4. §. 5. und pr. D. de dol. exc. 44, 4.) u. a. m.

§. 22.

Endlich die Verbindung von dolus malus und doli mali exceptio mit dem fünften Principe, der Berücksichtigung der Individualität des concreten Verhältnisses erhellt aus:

Pomponius bei Ulpianus lib. 76. ad Edict. (l. 4. §. 2. D. de dol. exc. 44, 4.):
Si in arbitrum compromiserimus, deinde quum non stitissem ob adversam valetudinem, poena commissa esset, an uti possim doli exceptione? Et ait Pomponius: prodesse mihi doli exceptionem.

Ulpianus l. c. (l. 2. §. 5. D. eod.):
Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus[29]) doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit; nam etsi inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.

---

29) Vergl. hierzu §. 76.

C.

Bonus vir. Boni viri arbitrium. Recte.

§. 23.

Bona fides und diligentia erschöpfen die Beziehungen des pflichtmäßigen Verhaltens; vergl. §. 5. Note 9. §. 14. Note 25. Als Attribut des Individuum hingestellt, bedingt die bona fides die Eigenschaft eines bonus, die diligentia die Eigenschaft eines diligens. Indem nun die Volksanschauung der Römer die bona fides als Eigenschaft des Mannes, wie insbesondere des Hausvaters, die diligentia als vornämliche Eigenschaft des Hausvaters auffaßt, so wird nun die Uebereinstimmung mit jener durch die Ausdrücke bonus vir[30]), und bonus paterfamilias, die Uebereinstimmung mit dieser letzteren durch diligens paterfamilias bezeichnet.

Mit dem Begriffe bonus vir steht sodann das boni viri arbitrium oder arbitratus[30a]) in der Verbindung, daß dieses den der bona fides gemäß abgegebenen Ausspruch über einen streitigen oder unbestimmt gelassenen[31]) Punkt in einem Rechtsverhältnisse bezeichnet.

Den Maaßstab nun, nachdem der bonur vir und das boni viri arbitrium beurtheilt wird, bildet die aequitas und diese Beziehung der gegebenen Begriffe zu einander ist im Nachstehenden zu belegen. Hierbei genügt es, wenn wir die innere Verbindung beider Begriffe zur aequitas und bona fides im Allgemeinen darlegen, dagegen von dem speciellen Nachweis der Be-

30) Ulpianus lib. 19. ad Edict. (l. 4. §. 1. D. fam. ercisc. 10, 2.) sagt auch: bonus et innocens vir. In einem weiteren Sinne faßt Cicero den vir bonus, worüber vergl. §. 37. Note 269.; ebenso Seneca (vergl. Epist. 41. 42. 66. 73. 76. de Benef. IV, 24. V, 2. VI, 20. de Ira I, 6. 12. de Provident. c. 1 sq. und Quintilian (vergl. J. O. XII. 1. u. 3, 8.). Vergl. auch die Citate bei Bähr, Gesch. der röm. Litteratur, 3. Aufl. §. 274. Note 15.

30a) Beispiele s. bei Brisson. de V. S. s. v. arbitratus, arbitrium, bonus vir, vir.

31) Vergl. unten §. 25. und Nov. LXXXIX, c. 12. §. 6.: βουλόμεθα, ἀποτρέφεσθαι δὲ τοὺς νόθους παρὰ τῶν γνησίων θεσπίζομεν κατὰ τὸ πρέπον τε καὶ πρὸς τὸ τῆς οὐσίας μέτρον παρὰ ἀνδρὸς ἀγαθοῦ δοκιμαζόμενον, τοῦτο δὴ τὸ παρὰ τοῖς ἡμετέροις νόμοις boni viri arbitratu λεγόμενον (sancimus ut naturales liberi a legitimis uti decet et pro modo facultatum a bono viro aestimando alentur, id quod a nostris legibus „boni viri arbitratu" dicitur).

ziehung zu den einzelnen der aequitas überwiesenen fünf Principien absehen. In Verbindung aber erhellt aus

Proculus lib. 5. Epist. (l. 78. D. p. soc. 17, 2.):

In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis, quod judicium pro socio bonae fidei est;

woran sich schließt

Paulus lib. 4. Quaest. (l. 79. D. eod.):

Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas appareat, corrigi potest per judicium bonae fidei;

ferner Papianus lib. 12. Quaest. (l. 12. D. rem pup. salv. 46, 6.):

— — nam aequitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam juris desiderare.

Ulpianus lib. 3. Opin. (l. 2. §. 13. D. de administr. rer. 50, 8.):

Si in locatione fundorum pro sterilitate temporis boni viri arbitratu in solvenda pensione cujusque anni pacto comprehensum est, explorata lege conductionis fides bona sequenda est.

Paulus lib. 34. ad Edict. (l. 24. pr. D. loc. 19, 2.):

Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus approbetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset. Idemque servatur, si alterius cujus libet arbitrium comprehensum sit; nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit.

Dagegen ist nicht auf die vorliegende Frage zu beziehen

Horat. Epist. I, 16, 40.:

Vir bonus est quis?
Qui consulta patrum, qui leges juraque servat;
Quo multae magnaeque secantur judice caussae;
Quo responsore et quo caussae teste tenentur,

indem hier nicht die Norm in Betracht gezogen ist, nach welcher der vir bonus beurtheilt wird, als vielmehr die Beziehungen und Verhältnisse aufgefaßt sind, in denen jene Eigenschaft hervortritt.

§. 24.

Gleichbedeutend mit viri boni arbitrium ist der Ausdruck recte [32] in dem Sinne, in welchem derselbe vornämlich in den

[32] Auch recte fide, Scaevola lib. 28. Dig. (l. 122. §. 1. de V. O. 45, 1.); vergl. Savigny, System Beilage XIII, unter XVII Note a.

Stipulationen[33]), mitunter auch in legislatorischen Satzungen[34]) vorkommt. Diese Synonomität erhellt aus

Ulpianus lib. 80. ad Edict. (l. 73. D. de V. S. 50, 17.):

„Recte" enim verbum pro viri boni arbitrio est.

lib. 17. ad Sabin. (l. 9. pr. D. de usufr. 7, 1.):

Si fundi ususfructus sit legatus, quicquid in fundo nascitur, quicquid inde percipi potest, ipsius fructuarii est; sic tamen ut boni viri arbitratu fruatur. Nam et Celsus libro XVIII. Digestorum scribit: cogi eum posse recte colere.

lib. 18. ad Sabin. (l. 13. §. 8. D. eod.):

Non recte nec ex boni viri arbitratu.

wozu vergl. §. 38. I. de R. D. 2, 1.:

Recte enim colere debet et quasi bonus paterfamilias.

Vergl. Ulpian. lib. 77. ad Edict. (l. 5. §. 3. D. judic. solv. 46, 7.); ferner lib. 49. ad Edict. (l. 63. D. de jud. 5, 1.) und lib. 59. ad Edict. (l. 5. §. 3. D. quib. ex caus. in poss. 42, 4.) verglichen mit Venulejus lib. 6. Stipul. (l. 17. D. judic. solv. 46, 7.) und lib. 7. Disput. (l. 18. D. eod.); endlich das Edict Si is pupillus in l. 5. §. 2. D. quib ex caus. in poss. 42, 4. verglichen mit dem Edicte Qui fraudationis causa in l. 7. §. 1. D. eod.

Ueberdem ergiebt sich die Gleichheit der Bedeutung von recte und ex viri boni arbitratu auch daraus, daß jenem Ausdrucke die Bedeutung einer doli mali clausula, dieser selbst aber wiederum die Kraft inlag, die Klage aus dem dadurch geschützten Rechtsgeschäfte den bonae fidei judicia gleichzustellen[35]).

D.

Arbiter. Bonus judex. Arbitrium. Arbitrium judicis. Officium judicis.

§. 25.

Die Bestellung des arbiter beruht während des Zeitalters der Pandectenjuristen[36]) auf doppeltem Rechtsgrunde, entweder

33) Vergl. Brisson. Antiquit. I, 9.

34) So im Edicte Si is pupillus (l. 5. §. 2. D. quib. ex caus. in poss. 42, 4.).

35) Vergl. Savigny, System Beilage XIII unter XVII. Keller, röm. Civilproc. p. 386.

36) In der späteren Zeit gestalten sich die Verhältnisse theilweis anders, worüber vergl. Schilling, Inst. §. 340. Zusatz.

auf Compromiß der Partheien oder auf Anordnung des Magistrates. Ebenso ist die Aufgabe des arbiter eine doppelte: entweder er hat einen rechtlichen Streitpunkt zur Entscheidung zu bringen, oder einen nicht absolut bestimmten Thatumstand in concreto zu fixiren [37]). Auf die erstere Parthie der Thätigkeit des arbiter bezieht sich z. B. wenn Liv. II, 33. den Menenius Agrippa den interpres arbiterque concordiae civium nennt, auf die letztere Parthie, wenn dem Censor in Bezug auf den census ein arbitrium beigelegt wird [38]).

Was den compromissarischen arbiter betrifft, so wird dessen doppelte Berufsthätigkeit sehr bestimmt unterschieden von Proculus lib. 5. Epist. (l. 76. D. p. soc. 17, 2.):

> Arbitriorum enim genera sunt duo, unum ejusmodi, ut, sive aequum sit, sive iniquum, parere debemus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitratu fiat, wozu in den Digesten aus Paulus lib. IV. Quaest. beigefügt ist: Veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat.

Dagegen der vom Magistrate bestellte arbiter wird in Bezug auf die zweite jener Berufsthätigkeit [39]) erwähnt z. B. von Julianus lib. 42. Digest. (l. 47. §. 2. D. de fideic. libert. 40, 5.):

> Si Sticbo libertas per fideicommissum data fuerit sub conditione, si rationes reddidisset, et in absente herede paratus sit reliqua solvere, Praetoris officio continetur, ut virum bonum eligat, cujus arbitrio rationes computentur et pecu-

37) Vergl. §. 76.

38) So von Varro, L. L. V, 14.: Censor, ad quojus censionem, id est arbitrium, censeretur populus; Liv. IV, 8. cui arbitrium formulae censendi subjiceretur; und dazu Non. Marc. p. 355. G.: censere et arbitrari veteres cognatione quadam socia ac similia verba esse voluerunt, sowie den das. citirten Varro, de vita P. R. lib. II.: itaque, quod hos arbitros instituerunt populi, censores appellarunt; idem enim valet censere et arbitrari; und *Rerum humanarum* [de Re rustica] lib. 20.: Quod verbum censeo et arbitror idem poterat ac valebat. Vergl. auch Non. Marc. p. 182. G. s. v. censere.

39) Vergl. Keller, röm. Civilproc. Note 120.

niam, quae ex computatione colligitur, deponat, atque ita pronunciet, libertatem ex causa fideicommissi deberi,

während in Bezug auf die erste Berufsthätigkeit der Richter in den bonae fidei judicia, den actiones in bonum et aequum conceptae und den actiones arbitrariae als arbiter vom Magistrate bestellt wurde, daher diese Rechtssachen selbst als arbitria besonders benannt wurden[40]).

§. 26.

Allen den in §. 25. angegebenen Beziehungen der Berufsthätigkeit des arbiter, und zwar des compromissarischen, wie des vom Magistrate bestellten, liegt das gemeinsame Merkmal inne, daß die maaßgebende Norm, nach welcher der arbiter seine Entscheidung, das arbitrium in diesem Sinne oder den arbitratus zu bilden und abzugeben hat, die aequitas ist[41]), und daß

40) Savigny, System §. 218. 220. und Beilage XIII. unter X. fügt noch alle actiones honorariae den arbitria bei. Ihn verführt der Schein, daß auch bei diesen eine milde Beurtheilung obwaltet. Allein der Irrthum ist offenbar; denn als arbitria characterisiren sich nur die Klagen, bei denen der Richter dem Gebote der aequitas Gehör zu geben hat; bei den actiones honorariae aber, als actiones in factum conceptae normirt im Allgemeinen nicht der Richter, sondern der Magistrat das Rechtsverhältniß nach Maaßgabe der aequitas. Vielmehr ist der Richter gerade bei den actiones honorariae im Allgemeinen in seinem Ermessen äußerst beschränkt, ja in noch höherem Maaße, als bei jeder anderen Klage. Denn bei den actiones in jus conceptae wird bloß in der demonstratio die Thatsache designirt, durch deren Subsumtion unter irgend welchen Rechtssatz die in der intentio ausgesprochene Folgerung [oder deren Gegensatz] und dem entsprechend die Condemnation resp. Absolution sich zu ergeben hat, während jene Subsumtion selbst dem Richter überlassen bleibt und seinem Ermessen unterliegt. Dahingegen bei den actiones in factum hat der Richter einzig und allein die Existenz des ihm zur Untersuchung aufgegebenen Thatumstandes zu erforschen und je nach dem Resultat ohne alles Weitere, ohne jedes Ermessen und individuelle Urtheilen lediglich zu condemniren oder zu absolviren. Vergl. Rudorff zu Puchta, Instit. §. 165. Note xx. Hier also steht der Richter der Freiheit des arbitrium am fernsten, vergl. Puchta, Inst. §. 165. in fin. Andrerseits schließt Keller, Civilproc. Note 118. einen Theil der actiones arbitrariae von den arbitria aus.

41) Dies bedarf keines besonderen Beweises mehr, indem dieser theils in den in §. 25. mitgetheilten Stellen, theils in §. 76. gegeben ist. Vergl. jedoch insbesondere noch Scaevola lib. 25. Dig. (l. 28. §. 2 D. de appell.

überdem diese aequitas in einer ausgedehnten Weise das ganze Gebiet der zur Entscheidung zu bringenden Frage beherrscht:

totius rei habet arbiter arbitrium et facultatem (s. Note 41.)

Vornämlich dieser letztere Moment ist es aber, auf welchen wir, wenn wir die Gesammtheit der Rechtsstreitigkeiten allein in's Auge fassen, das unterscheidende Merkmal der arbitria im Gegensatze zu den diesen gegenüberstehenden, κατ' ἐξοχήν judicia benannten Streitsachen zu stützen haben, indem wir dem Umstande an sich, daß überhaupt die aequitas maaßgebende Norm für eine Rechtsstreitigkeit ist, die Kraft abzusprechen haben, das judicium in ein arbitrium zu verwandeln. Denn, wie wir bereits in §. 76. darlegten, finden sich außer den bonae fidei judicia, den actiones arbitrariae und in aequum et bonum conceptae noch andere Streitsachen, bei denen die aequitas maaßgebende Norm der Entscheidung wird, nämlich theils bei allen Klagen mit condemnationes infinitae und cum taxatione, theils bei denjenigen Rechtsverhältnissen, wo die gegebene und zur Anwendung gelangende rechtliche Disposition noch richterlicher Seits zu fixiren und zu ergänzen ist. Allein weil eine derartige Beschaffenheit der condemnatio, wie andrerseits der rechtlichen Disposition an und für sich nur einen beschränkten Wirkungskreis, eine lediglich specielle Anwendung der aequitas eröffnete, so hat diese partielle Herrschaft der Letzteren nicht Veranlassung gegeben, die Klagen von der angegebenen Beschaffenheit für arbitria, den Richter für einen arbiter zu erklären, vielmehr bleiben solche Klagen judicia, und der Richter ist judex, so lange nicht ein anderer Grund jene Besonderheit der Bezeichnung bedingt.

---

49. 1.), Papinian. lib. 12. Quaest. (l. 12 D. rem pup. salv. 46, 6.), Arcadius et Honorius in l. 5. §. 2. C. Th. de metat. 7, 8. (arbitrii aequitas), sowie das Glossem bei Brisson. de Verb. Sign. s. v. Bonus vir §. 2.: Arbitratus ἀγαϑοῦ ἀνδρὸς δοκιμασία. Paul. Diac. p. 15.: arbiter dicitur judex, quod totius rei habet arbitrium et facultatem. Senec. de Benef. III, 7. In welcher Modalität die Stellung der arbiter zur aequitas und deren Principien theoretisch aufzufassen und zu begründen ist, darüber ist der Erforderliche bereits in §. 66. 75. init. 76. bemerkt worden; vergl. auch oben §. 6. fin.

§. 27.

Ein völlig verschiedener Sachverhalt waltet ob, insoweit der Richter als bonus vir erscheint und sein Urtheil zum boni viri arbitrium oder arbitratus wird. Denn während im Gegensatze des arbiter zum judex, wie der arbitria (als Rechtssachen) zu den judicia die ersteren Ausdrücke eine Verschiedenheit des Grundcharacters der Rechtssachen vertreten und hervorheben, hierbei aber gerade die totale Herrschaft der aequitas zum characteristischen Merkmale der arbitria wird, so greift das boni viri arbitrium bereits da Platz, wo überhaupt die Entscheidung einer Frage nach Maaßgabe der aequitas erfolgt. Das Criterium jener arbitria und dieses arbitrium ist sonach ein verschiedenes, daher das Letztere auch außerhalb des Kreises jener auf dem Gebiete der judicia vorkommen kann und dann auch der judex i. e. S. zum bonus vir wird. Dies nun ist der Fall bei actiones mit condemnatio infinita und cum taxatione, sowie da, wo der Richter in der in §. 76. init. angegebenen Modalität die rechtliche Disposition zu ergänzen und deren Thatbestand zu fixiren hat, indem in dieser Beziehung eben die aequitas leitende Norm auch für den judex i. e. S. wird.

Einen Beleg dafür, daß auch in einem judicium stricti juris, also in einem judicium i. e. S. der Richter in Bezug auf einen der hervorgehobenen Momente als bonus vir erscheint, bietet Venulejus lib. 1. Stipul. (l. 137. §. 2. D. de V. O. 45, 1.):

> Cum ita stipulatus sum: „Ephesi dari?" inest tempus; quod autem accipi debeat quaeritur? Et magis est, ut totam rem ad judicem id est ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promisit.

Dagegen ein Beispiel, wo in einem judicium stricti juris des Urtheil des Richters bezüglich eines Punktes als boni viri arbitrium anerkannt wird, bietet Scaevola lib. 4. Respons. (l. 12. §. 1. D. de ann. leg. 33, 1.):

> Uxore herede scripta ita cavit: Libertis meis omnibus alimentorum nomine singulis annuos denarios duodecim ab herede dari volo, si ab uxore mea non recesserint. Quaero: quum paterfamilias sua voluntate de civitate difficile profectus sit, ea autem assidue proficiscatur, an liberti cum ea pro-

ficisci debeant? Respondi: non posse absolute respouderi, qum multa oriri possint, quae pro bono sint aestimanda, ideoque hujusmodi varietatem viri boni arbitrio dirimendam esse.

Anderweite Beispiele s. Ulpianus lib. 79. ad Edict. (l. 1. pr. §. 3. 5. 6. D. usufr. quemadm. exc. 7, 9.), Venulejus lib. 12. Stipul. (l. 4. D. eod) §. 28. J. de rer. div. 2, 1. u. a. m. Vergl. Nov. 89 c. 12. §. 6.

Diese Stellung des Richters als bonus vir dürfte in's Auge gefaßt und bezeichnet sein durch den Ausdruck bonus judex, der sich bei Celsus lib. 3. Digest. (l. 38. D. de R. V. 6, 1.) und bei Ulpianus lib. 28. ad Edict. (l. 3. §. 3. D. commod. 13, 6.) vorfindet.

§. 28.

Die nämliche Beziehung zur aequitas, welche der Bezeichnung viri boni arbitrium innwohnt, liegt auch dem einfachen arbitrium, arbitratus, arbitrari inne, demnach auch diese Ausdrücke die Stellung des Richters als bonus vir bezeichnen.

Diese Beziehung wird nicht allein ausdrücklich anerkannt, so von Ulpianus lib. 57. ad Edict. (l. 17. §. 5. D. de inj. 47, 10.):

„Arbitratu judicis“ utique quasi viri boni,

sowie lib. 28. ad Sabin. (l. 22. §. 1. D. de R. J. 50, 17.):

Generaliter observandum est, ubicunque in bonae fidei judiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris ejus conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse;

sondern sie erhellt auch theils daraus, daß die actiones arbitrariae lediglich durch die der Proceßformel derselben eigenthümliche Clausel „neque arbitratu tuo restituet“ zu arbitria im Sinne von §. 26. sich gestalten, indem sie durch diese Formel in eine ausgedehntere Relation mit der aequitas treten[42]), theils aus den Beziehungen, in welchen jene Ausdrücke in Hinsicht auf die richterliche Thätigkeit sich vorfinden. Hierüber sind namentlich zu vergleichen wegen arbitrium judicantis: Paulus lib. 5. Sentent.

42) Vergl. §. 76., sowie §. 31. J. de action. 4, 6. und Ulpianus in lib. 27. ad Edict. (l. 4. §. 1. D. de eo quod certo 13, 4.) und Gloss. bei Brisson. s. v. Bonus vir §. 2. f. Note 41.; vergl. hierzu auch die oben citirte Stelle aus Ulpian. lib. 57. ad Edict.

(l. 45. §. 10. D. de j. fisc. 49, 14.); wegen arbitrium judicis: Gajus lib. 9. ad Edict. prov. (l. 3. D. de eo quod certo loc. 13, 4.), Ulpianus lib. 33. ad Edict. (l. 24. §. 6. 7. D. solut. matrim. 24, 3.), lib. 73. ad Edict. (l. 10. §. 20. D. quae in fraud. 42, 8.), lib. 1. ad Edict. Aedil. curul. (l. 31. §. 13. D. de aedil. ed. 21, 1.), Paulus lib. 11. ad Edict. (l. 18. pr. D. de dol. mal. 4, 3.); wegen arbitratus judicis: Gajus lib. 4. ad Edict. prov. (l. 10. §. 1. D. quod. met. c. 4, 2.), Ulpianus lib. 30. ad Edict. (l. 5. §. 2. D. depos. 16, 3.), lib. 51. ad Edict. (l. 68. D. de R. V. 6, 1.); wegen arbitrari: Ulpianus lib. 25. ad Edict. (l. 12. §. 5. de relig. 11, 7.), Marcianus lib. sing. ad hyp. form. (l. 16. §. 4. D. de pign. 20, 1.); weitere Belege s. bei Brisson, de V. S. s. vv.

§. 29.

Endlich dem Ausdrucke officium judicis wohnt von Vorn herein eine über das Gebiet des arbitrari hinausgehende Beziehung inne, indem das officium die gesammte Amtsthätigkeit des Richters im Gegensatze zum officium jus dicentis umfaßt. Da jedoch das officium judicis dann vornämlich hervortritt, wenn dasselbe in dem arbitrari sich geltend macht, da diesfalls eine größere Selbstständigkeit und Freiheit im Urtheile dem Richter zukommt, so wird das officium judicis vornämlich in den Beziehungen hervorgehoben, wo dem Richter ein arbitrium zusteht. Vergl. Papinianus lib. 9. Quaest. (l. 24 D. depos. 16, 3.), Ulpianus lib. 76. ad Edict. (l. 4. §. 3. D. de dol. exc. 44, 4.); Paulus lib. 6. Respons. (l. 47. D. de act. emt. 19, 1.), lib. 7. Resp. (fr. Vat. §. 94.), lib. 16. Resp. (l. 15 D. de usur. 22, 1.). lib. 9. ad Edict. (l. 7. D. de neg. gest. 3, 5.), lib. 11. ad Edict. (l. 18. pr. D. de dol. 4, 3.); sowie lib. 5. Respons. (l. 54. pr. D. loc. 19, 2.), lib. 9. Respons. (l. 58. pr. D. ad S. Trebell. 36, 1.), Hermogenianus lib. 2. Juris Epitom. (l. 49. §. 1. D. de act. emt 19, 1.)[43]) u. a. m.

---

43) In den letzten drei Stellen macht sich die beachtenswerthe Anschauung geltend, daß weil die Zinsverbindlichkeit erst in Folge der Concurrenz der concreten Umstände entstanden ist, die Zinsen nicht der Obligation selbst inliegen und nicht aus dieser hervorgehen, sondern erst von Außen her zu jener hinzutreten, indem sie durch den Richter auf Grund seines Officium hinzugefügt werden.

Dagegen ohne specielle Beziehung auf ein arbitrium findet sich officium judicis z. B. bei Pomponius lib. 10 Epist. (l. 55. D. de act. emt. 19, 1.), lib. 5. ad Qu. Mucium (l. 22. §. 2. D. de usu et habit. 7, 8.).

Beilage VIII.

Ueber den Dositheus.

§. 1.

Wie immer wir in dem vorliegenden Theile unseres Werkes bestrebt gewesen sind, das gesammte einschlagende Quellenmaterial in möglichst erschöpfender Weise zusammenzustellen, so konnte doch ein für unsere Lehren in der That nicht unbeachtliches Werk keine Berücksichtigung finden: die sogenannte disputatio forensis de manumissionibus des Dositheus. Die Gründe dieser Uebergehung ergeben sich aus dem Zustande, in welchem jenes Werk uns überliefert ist: der Hinweis hierauf rechtfertigt unser obiges Verfahren um so mehr, als wir hierbei auf den Vorgang anerkannter Autoritäten uns zu beziehen vermögen. Da jedoch andrerseits wiederum ein vollständiger Verzicht auf eine überlieferte Quelle uns widerstreben würde, so haben wir die Betrachtung des einschlagenden Theiles des dositheischen, Werkes in die gegenwärtige Beilage verwiesen, ein Verfahren welches wiederum darin seine Rechtfertigung findet, daß ebensowohl die von uns gewonnenen Resultate Fingerzeige für die Restitution und Emendation des vom Dositheus überlieferten Textes bieten, wie andrerseits auch dieser Text wiederum Beweisgründe für die Richtigkeit jener unserer Resultate enthält.

Die Erörterungen über das obbezeichnete Werk concentriren sich aber auf zwei Punkte: zunächst auf die Feststellung des einschlagenden Textes, sodann auf die Untersuchung über die Quelle, welche in dem obigen Werke uns überliefert wird. Beide Fragen, in der innigsten Beziehung zu einander stehend, werden, die erstere in §. 2 — 4., die letztere in §. 5. u. 6. ihrer Erledigung näher geführt werden.

§. 2.

Bezüglich der Restitution des von Dositheus überlieferten Textes hat zuerst Lachmann's critisches Genie den richtigen Weg vorgezeichnet, den die Textescritik einzuschlagen hat. Diese Richtung selbst ergiebt sich aus folgenden Sätzen, welche im Wesentlichen bereits Lachmann in seinem Versuche über Dositheus, Berlin, gedruckt im Juni 1837, pag. 3—8 aufgestellt und begründet, oder beziehentlich wenigstens angedeutet hat:

1. Dositheus gab in dem obbezeichneten Theile seiner Ἑρμηνεύματα (wahrscheinlich dem fünften Buche derselben) einen lateinischen Originaltext, welcher in seiner Hand eine weitere Veränderung nicht erfahren hat, als daß Dositheus einestheils das ihm vorgelegene Werk excerpirte, anderntheils Uebergänge einfügte, welche dem Originaltexte fremd waren;

2. Neben diesen lateinischen Originaltext stellte Dositheus eine selbstgefertigte griechische Uebersetzung desselben;

3. Im Verlaufe der späteren Zeiten erfuhren die von Dositheus gegebenen beiden Texte weitere Verarbeitungen, indem von Späteren der dositheische griechische Text wieder in das Lateinische zurückübersetzt, der dositheisch-originale lateinische Text aber selbstständig anderweit in das Griechische übersetzt wurde. Diese späteren lateinischen, wie griechischen Uebersetzungen, von Unkundigen und Schülern gefertigt, enthalten mannichfache sprachliche, ebensowohl aus einem sclavischen Anfügen an die Worte des zu übersetzenden Textes, wie aus Unkenntniß der einen Sprache selbst hervorgegangene Fehler, und in diesem, aus solcher wiederholter Ueberarbeitung hervorgegangenen, material mangelhaften Zustande ist uns selbst jener textus bilinguis überliefert worden;

4. Zu diesen materialen Fehlern gesellen sich die formalen Mängel, die, bei allen Handschriften sich vorfindend, in Auslassungen und Lücken, Wortversetzungen, Einschiebungen von Glossemen und dergl. bestehen.

Sonach kommt bei dem dositheischen Werke ein dreifacher Text in Frage:

a. der lateinische Originaltext;

b. der lateinische und griechische Text des Dositheus;

c. der doppelsprachliche Text der späteren Verarbeiter.

Der unter a. bezeichnete Text insbesondere ist aus dem uns überlieferten lateinischen, wie griechischen Texte zu erkennen, und von den unter 3. bezeichneten materialen, wie von den unter 4. angegebenen formalen Entstellungen zu befreien, endlich auch von den unter 1. hervorgehobenen dositheischen Zusätzen abzulösen.

Diesem Thatbestande gegenüber muß es nun als ein Verkennen der Aufgabe gelten, wenn die Critik das Ziel sich setzt, die formalen Mängel zu beseitigen und den Text in der Weise herzustellen, wie er aus den Händen der Ueberſetzer oder letzten Bearbeiter hervorging. Denn abgesehen davon, daß es diesfalls an einem genügenden Criterium dafür mangelt, ob ein in den Handschriften sich vorfindender Fehler dem Abschreiber oder dem Bearbeiter zur Last fällt; daß diesfalls ferner der Text auch mit den von seinen Bearbeitern herrührenden Fehlern herzustellen ist, hierfür aber wiederum aller und jeder Maaßstab mangelt; so kann es endlich auch für unsere Wissenschaft ein nur ganz untergeordnetes Interesse haben, zu erkennen, in welcher Form die uns vorliegenden Textesrecensionen aus den Händen ihrer letzten Bearbeiter hervorgingen, oder in welcher Weise Dositheus selbst den lateinischen Originaltext übersetzte.

Vielmehr kann die wichtigste und maaßgebende Aufgabe der Critik nur darin gefunden werden, den lateinischen Originaltext selbst zu restituiren.

§. 3.

Die Restitution des von Dositheus benutzten lateinischen Originaltextes hat ihre vornämliche Aufgabe, die theils den Abschreibern, theils den späteren Bearbeitern zur Last fallenden Fehler zu beseitigen, namentlich in der Weise anzustreben, daß der uns überlieferte lateinische, wie griechische Text in je die andere Sprache so oft zurückübersetzt werde, bis ein Text gewonnen ist, der als der lateinische Originaltext uns gelten kann, oder wenigstens in möglichst vollkommener Maaße dem Letzteren sich annähert. Da nun solche Manipulation vornämlich in den Geist der späteren schülerhaften Ueberſetzungen der beiden dositheischen Texte sich zurückzuversetzen, die verschiedenen Metamorphosen, welche die Letzteren erfahren haben, bevor sie die uns überlieferte Gestalt gewannen, sich zu vergegenwärtigen,

somit im Allgemeinen diesen Verwandlungsproceß bis rückwärts zu seinem ersten Ausgange von Dositheus selbst gewissermaaßen zu reproduciren hat, so entsteht, indem der Blick diesen Uebersetzungen und Rückübersetzungen zweiter und späterer Hand sich zuwendet, die Frage, ob uns Hülfsmittel geboten sind, welche jenes restitutive Verfahren unterstützen.

Ein derartiges Hülfsmittel giebt bereits Lachmann an die Hand, indem derselbe l. c. p. 6. Note ** und p. 7. auf die anderweiten uns überlieferten Handschriften griechischen und lateinischen Textes hinweist [1]), diese aber einen Blick in das bei solchen Wechselübersetzungen angewendete Verfahren gestatten. Weit wichtiger noch sind jedoch die griechisch-lateinischen und lateinisch-griechischen Wörterbücher, welche aus dem Alterthume selbst uns überliefert sind. Denn selbst wenn auch nicht gerade die auf uns überkommenen Lexica den Verarbeitern der dositheischen Texte als Hülfsmittel gedient haben sollten, so versetzen uns doch dieselben in die Lage, ebensowohl im Allgemeinen ein Urtheil über die Beschaffenheit der litterärischen Hülfsmittel zu fällen, nach denen jene Uebersetzungen erfolgten, als insbesondere auch bezüglich des einzelnen Ausdruckes mit größerer Sicherheit dessen verschiedenfache Umwandelungen zu verfolgen. Hierdurch gewinnen somit für uns eine ganz besondere Wichtigkeit jene an sich schon wohlbeachtlichen griechisch-lateinischen und lateinisch-griechischen Glossen, welche, aus dem Alterthume uns überliefert, zuerst von Stephanus im J. 1573 als Nachtrag zu seinem thesaurus linguae graecae und nach ihm im J. 1600 von Bonaventura Vulcanius in seinem thesaurus utriusque linguae herausgegeben, sodann aber vermehrt und umgestellt worden sind von Carolus Labbäus, herausgegeben, sowie mit einer Sammlung von Emendationen versehen: cura et impensis Ludovici Billaine, Lutet. Paris. 1679.

1) Außer den von Lachmann gegebenen Citaten können als Beispiele dienen die Lobsprüche, deren Abdruck in der Vorrede der von Labbäus gesammelten Glossen sich vorfindet, sowie die alte lat. Uebersetzung der Fragmente aus Modest. lib. de Excus.; vergl. Kriegel, ant. vers. lat. fr. e Modest. lib. de exc. Lips. 830. und dazu Herrmann, in Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. VIII. p. 368. Auch die griechischen Bearbeitungen lateinischer Werke gehören in gewisser Beziehung hierher, wie die Paraphrase des Theophilus, die Basiliken, der Harmenopul u. a. m.

Die wichtigste Bedeutung gewinnen jedoch in dieser Beziehung die griechisch-lateinischen und lateinisch-griechischen Glossen, welche von Dositheus selbst verfertigt und im ersten und zweiten Buche seiner Ἑρμηνεύματα, sowie im letzten Buche derselben unter der Ueberschrift περὶ συναναστροφῆς veröffentlicht, excerptweise von Stephanus und Vulcanius deren obbezeichneten Werken eingefügt [2]), von Labbäus unter der Bezeichnung E oder e seinen Glossarien eingeordnet worden [3]), und bezüglich deren weitere Berichte und resp. Mittheilungen gegeben sind von Valckenarius, Miscell. Observ. Vol. X. p. 112—114., Böcking, Dosith. Mag. Interpret. p. XIII. XVII. sq. 89. sq., wie von Dübner, Beitrag zu den griechischen Wörterbüchern im Rhein. Museum für Philol. II. Jahrg. 3. Heft 1834. p. 599. ff. Vornämlich diesen Glossarien des Dositheus selbst müssen wir aber die höchste Wichtigkeit für die anzustrebende Textesrestitution um deßwillen beimessen, weil dieselben nicht allein den Schlüssel enthalten, nach welchem Dositheus selbst diesen Urtext in's Griechische übersetzte, sondern auch dieselben präsumtiv mehrfach von den späteren Uebersetzern benutzt worden sind. Um so mehr haben gerade wir es zu bedauern, daß bis jetzt weder ein vollständiger Abdruck der Interpretamenta des Dositheus erfolgt ist, noch auch die uns überlieferten griechisch-lateinischen und lateinisch-griechischen Glossen im Allgemeinen in einer geeigneteren Form herausgegeben worden sind [4]).

§. 4.

Indem wir nunmehr zur Restitution des Originaltextes der für unseren gegenwärtigen Gesichtspunkt allein relevanten ersten Paragraphen des in Frage stehenden Abschnittes des dosithe-

2) Vergl. Stephanus, Glossaria duo etc. 1573. Praefatio altera.

3) Vergl. Cyrilli, Philoxeni aliorumque veterum Glossar. a Car. Labbaeo coll. 1679. 4. u. 5. Seite der praefatio.

4) Vergl. auch Otfr. Müller, Praef. ad Festum p. XXXIV. Vollständig ungerechtfertigt ist das Urtheil, welches Böcking l. c. p. XVII. über die Glossen des Dositheus dahin abgiebt: nullius pretii mihi videtur hoc glossarium esse. Die Werthschätzung, welche ein Scaliger, Cujacius, Turnebus, Salmasius, Brissonius u. A. derartigen Glossen zu Theil werden ließen, konnte füglich zu einer anderen Anschauung hinleiten.

schen Werkes verschreiten, so geben wir zunächst den, lediglich auf dem Vossischen oder Sangallischen Codex beruhenden, handschriftlichen griechischen und lateinischen Text dieser Paragraphen, und lassen sodann unsere darauf gestützte Restitution des Originaltextes folgen. Endlich fügen wir die von Lachmann l. c. p. 8. sq. gegebene, von Böcking in Domitii Ulpiani quae vocant fragmenta, 4. Auflage. Lipsiae 1855, pag. 159. 160. abgedruckte Restitution des Originaltextes nebst den ebendaselbst ersichtlichen, neuesten Böcking'schen Emendationen bei.

Der handschriftliche Text lautet, insoweit wir dies nach der von Böcking im Corp. jur. Antejust. Bonnens. gegebenen Ausgabe zu beurtheilen vermögen, folgendermaaßen:

παν γαρ δικαιον η πολιτικον προσαγορευεται η φυσικον λεγεται η εϑνικον δικαιον απο τουτου γαρ ωνομασϑη και παντα τα εϑνη ομοιως τουτου εισιν κεχρεμενα ο γαρ καλον και δικαιον εστιν παντων ευχρηστια συμφωνει το δε δικαιον πολιτικον κυριον εστιν Ρωμαιων και απο τουτων ειρημενον επειδη ημετερα πολις ταυτη τη αληϑεια χραται αλλ. ε νφοι τουτο ειναι α. παντες πολιταις. ιδιοις προλεγουσιν η. μιζονι. μερι συμφερι εισιν γαρ οι και παρεδοσαν υποστασιν δικαιοσυνης. ειναι. πλιονα τουτονδε τον αφορισμον αληϑεστερον ειναι παρεδοσαν οσα εν τη αρχη ειπαμεν.

omne enim justum cum jure aut civile appellatur aut naturale dicitur vel nationis aut gentile justum ab eo enim nominatur et omnes nationes similiter eo sunt usae quod enim bonum et justum est omnium utilitati convenit se. quod autem justum civilem proprium est et romanisorum et ab eis dictum quoniam nostra civitas ea veritate utitur sed quidam hoc esse quod omnes civibus suis praedicent aut majore paris expedit sunt enim qui et tradiderunt quantitam just. esse plurima hanc autem definitionem veriorem esse tradiderunt, quae initio diximus.

Hiernach restituiren wir den Originaltext, jedoch unter Hinweis darauf, daß wir möglicher Weise auch hierin nur ein Excerpt vor uns haben, folgendermaaßen:

§. 1. Omne enim jus [5]) aut civile appellatur aut naturale [6]) aut gentium [7]).

§. 2. Jus gentium [8]) ab eo enim nominatur, quod omnes [9]) gentes [10]) similiter eo sunt usae.

§. 3. Quod autem naturale dicitur [11]), bonum et aequum [12]) est et omnium utilitati convenit.

---

5) Jus — δίκαιον; δίκαιον — justum Labb.; so schon Schilling, Lachm. u. A. Auf jus weist das cum jure im lat. Text hin. Justum für jus gehört der späteren Kaiserzeit an, so Sulpit. Vict. J. O. p. 286. Capp.: naturale justum.

6) Wegen der Auslassung von dicitur und λέγεται, welches der lat. u. griech. Text bietet, s. unten Note 11.

7) δίκαιον τῶν ἐθνῶν scheint nicht üblich gewesen zu sein, vielmehr lediglich δίκαιον ἐθνικόν. So sagt auch Theophilus immer nur entweder jus gentium oder δίκαιον ἐθνικόν. Aus der letzteren Bezeichnung ward in der Uebersetzung gentile jus (justum); auf jus gentium deutet nationis justum im lat. Text: ἔθνος — natio Labb. Jus gentium restituiren bereits Schilling, Lachm. und Frühere.

8) Daß im Urtext [jus] gentium zweimal hinter einander stand, darauf deutet vielleicht der lat. Text: vel nationis aut gentile justum hin, während im griech. Text die Spuren davon verwischt sind.

9) quod für et setzt bereits Bocking in Dosith. interpret., während Schilling ὅτι für καί. Mir scheint quod unentbehrlich, obgleich ich den Uebergang aus quod und ὅτι in ein et und καί nicht anders zu erklären weiß, als daß aus der Sigle für quod ein et, und aus diesem wiederum καί wurde.

10) Gentes ist dem nationes im lat. Text bei Weitem vorzuziehen: so schon Schilling. Gentes — ἔθνη, ἔθνη — nationes Labb.

11) Eine Definition des jus naturale ist ebensowohl bezüglich des Urtextes an sich unentbehrlich, noch kann sie in dem Excerpte des Dositheus gefehlt haben. Ich erblicke deren Spuren in dem obigen Paragraphen und erkläre die gegenwärtige Fassung des überlieferten Textes folgendermaaßen: Der lat. Text lautete von Vorn herein: quod autem naturale dicitur, bonum et aequum est et omnium utilitati convenit; der griech. Text entsprechender Maaßen: ὃ δὲ φυσικὸν λέγεται, καλὸν καὶ δίκαιόν ἐστι καὶ πάντων εὐχρηστίᾳ συμφωνεῖ. Das naturale dicitur und φυσικὸν λέγεται ward jedoch mit §. 1. in Verbindung gesetzt, dessen lateinischer Text, wie oben angegeben, und dessen griech. Text dahin lautete: πᾶν γὰρ δίκαιον ἢ πολιτικὸν προσαγορεύεται ἢ φυσικὸν ἢ ἐθνικὸν δίκαιον. So nun nahm §. 1. die Fassung an: omne enim jus aut civile appellatur aut naturale dicitur aut gentium, und πᾶν γὰρ δίκαιον ἢ πολιτικὸν προσαγορεύεται ἢ φυσικὸν λέγεται ἢ ἐθνικὸν δίκαιον. Darauf deutet hin, daß

§. 4. Sed[13]) jus civile proprium est civium Romanorum[14]) et ab eis dictum, quoniam nostra civitas eo revera[15]) utitur. Sed quidam hoc esse, quod omnibus[16]) civibus propriis[17]), aiunt[18])

---

das dicitur, wie λέγεται in §. 1. als beschwerlich sich erweist. Dagegen §. 3. lautete nunmehr: quod autem bonum et aequum est et omnium utilitati convenit, und: ὃ δὲ καλὸν καὶ δίκαιόν ἐστι καὶ πάντων εὐχρηστίᾳ συμφωνεῖ. Die offenbare Corruptel des Sinnes, welche diese Fassung ergab, ward nun von späterer Hand scheinbar beseitigt, indem quod autem in quod enim und ὃ δέ in ὃ γάρ verwandelt, dagegen das et vor omnium und das καὶ vor πάντων ausgelassen ward. So entstand der vorliegende handschriftliche Text. Gleichzeitig ward jedoch auch das originale quod autem erhalten, indem es vor justum civilem gestellt und so wiederum in eine nach der gegenwärtigen Textesfassung sinnlose Verbindung gebracht ward.

12) καλός — bonus; δίκαιον — aequum oder δίκαιος — aequus Labb. So deutet der griech. Text auf den Urtext, während das überlieferte lateinische bonum et justum echtes Küchenlatein ist.

13) τὸ δὲ δίκαιον weist auf sed jus hin; die Spuren dieses sed finden sich in se zwischen convenit und quod autem. So bereits Lachm. Vielleicht hat auch der Codex nicht se, sondern s' d. i. sed.

14) Ῥωμαῖοι für cives Romani sagt bereits Theophilus, so pr. §. 1. de Nupt. 1, 10. §. 1. quib. mod. jus 1, 12. Vergl. auch wegen Ῥωμαῖοι Bähr, Gesch. der röm. Litteratur 3. Aufl. §. 6., du Cange, Glossarium, s. v.; endlich auch Labb. Den latein. Text betreffend, so steht oder stand vielleicht in dem Codex statt des sinnlosen et vor romanisorum vielmehr cr d. i. civium Romanorum, während hinter romanisorum dann eine Paraphrase dieses Ausdruckes sich bergen würde.

15) revera — τῇ ἀληθείᾳ — veritate; diese Metamorphose liegt nahe, und kann zwar nicht durch Labb., wohl aber durch Theophilus belegt werden, welcher §. 5. quib. mod. jus 1, 12. τῇ ἀληθείᾳ im Sinne von revera oder vere gebraucht. Eo ward nun von veritate, τούτῳ von τῇ ἀληθείᾳ attrahirt, so daß es veritate und ταύτῃ τῇ ἀληθείᾳ zu Tage kam; vergl. Böcking im C. J. Antejust. Bonn. — Beiläufig bemerke ich, daß das handschriftliche χρᾶται keinesfalls in χρῆται umgewandelt werden darf; denn auch die Glossen des Labb. haben χρᾶται für utitur.

16) Omnibus für omnes setzen bereits Böck, Lachm. und Frühere.

17) Civibus suis scheint mir unerträglich; das Gloss. des Philox. (und Labb.) giebt: ἴδιον, proprium, suum, daher civibus propriis nahe liegt.

18) Wegen quidam aiunt, putant und dergl. vergl. Brisson de V. S. s. v.; quidam praedicunt, wie der latein. Text ergiebt, ist der juristischen Sprache der Periode fremd, welcher das Originalwerk angehört.

aut majori parti[19]) expedit; sunt autem[20]), qui et tradiderunt[21]), summam[22]) justitiae esse. Plurimi[23]) hanc autem definitionem veriorem esse[24]), quam[25]) initio diximus.

Endlich die von Lachmann gegebene Restitution, welche ich der bequemeren Vergleichung wegen beifüge, lautet:

§. 1. Omne enim jus aut civile appellatur aut naturale[26]).

§. 2. Jus naturale dicitur, vel gentium, — — — justum.

---

19) Majori parti haben bereits Böck. Lachm.

20) Sunt enim und εἰσὶν γάρ ergiebt eine entschieden unrichtige Verbindung; am Angemessensten erscheint mir quoque, da auch das quoque — et durchaus nicht anstößig ist. Allein näher liegt autem, insofern das δέ griech. Textes sehr leicht in δή, hierdurch bestimmt aber das autem in enim übergehen und in Folge dessen wiederum das γάρ in den griech. Text kommen konnte. Vergl. Labb.

21) Tradere in diesem Sinne findet sich namentlich bei Pomponius lib. 2. ex var. Lect. (l. 11. D. de D. R. 1, 8.) und lib. sing. Ench. (l. 2. §. 2. u. §. 35. D. de O. J. 1, 2.).

22) Quantitas justitiae, welches noch Lachm. aufrecht hält, erscheint mir unbedingt verwerflich. Ich halte summa justitiae für den geeignetsten naheliegenden Ausdruck. Denn summa und quantitas — ποσότης, Labb.; wahrscheinlich fand sich nun in irgend welchem Glossar. auch: substantia — ποσότης; substantia aber wiederum — ὑπόστασις, nach Labb. und so auch Theoph. §. 2. quib. mod. alien. 2, 8.

23) Das plurima zu quantitam (und πλιονα zu ὑπόστασιν) zu ziehen, wie Lachm. will, scheint mir bedenklich. Plurimi und πλείονες liegt jedenfalls näher.

24) Die Wiederholung von tradiderunt und παρέδοσαν an dieser Stelle ist zu lästig, als daß nicht anzunehmen wäre, dieselbe beruhe auf handschriftlicher Verwirrung. Jedenfalls würde daher ein anderer Ausdruck vorzuziehen sein, wie z. B. plurimis, plerisque placet, placuit, plerique, plurimi putant, putaverunt, magis placet. Allein das Angemessenste ist wohl, überhaupt eine Auslassung des regierenden Verbi anzunehmen, wie sich dies z. B. findet bei Pomponius lib. 11. ad Sabin. (l. 21. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.), lib. 32. ad Sabin. (l. 4. pr. D. p. suo 41, 10.).

25) Quam für quae bereits Böck. Wahrscheinlich ward quam sinnlos mit ὅσα (vergl. Labb.: tam et quam — τοσοῦτον, ὅσον) und Letzteres wiederum ebenso sinnlos mit quae übersetzt.

26) Böck.: Omne enim jus aut civile appellatur aut naturale dicitur aut gentium.

ab eo enim nominatur, et[27]) omnes nationes[28]) similiter eo sunt usae. quod enim bonum et justum est, omnium utilitati convenit.

§. 3. Sed jus civile proprium est civium Romanorum et ab eis dictum, quoniam nostra civitas ea severitate[29]) utitur. sed quidam hoc esse tradiderunt quod omnibus civibus aut majori parti expedit: sunt enim qui et jus praedicent quantitatem justitiae esse[30]) plurimam, hanc autem definitionem veriorem esse [tradiderunt] quam quae initio diximus.

§. 5.

Wenden wir uns nun zu der Frage nach dem Verfasser des vom Dositheus übersetzten lateinischen Originalwerkes, so begegnen wir in Bezug hierauf den verschiedenfältigsten Ansichten.

Zunächst Schilling, Dissert. crit. de fragm. jur. Rom. Dosith. P. I. p. 47. erblickt in der von Dositheus überlieferten Abhandlung eine Compilation aus den Werken verschiedener Juristen. Ohne indeß auf die von Schilling zur Unterstützung dieser seiner Ansicht beigebrachten Gründe — welche mir nicht genügend erscheinen — im Einzelnen einzugehen, glaube ich solche An-

27) Böck.: Jus gentium autem ab eo nominatum est, quod. Dem nominatum est, worauf ὠνομάσθη hinweist, ist das nominatur des lat. Textes unbedingt vorzuziehen wegen des Parallelismus mit appellatur und dicitur.

28) Böck.: gentes.

29) Ea severitate läßt sich an sich wohl vertheidigen; denn abstracta pro concretis finden sich in den juristischen Quellen dieser Periode mehrfach. so z. B. Pomponius bei Ulp. lib. 57. ad Edict. (l. 9. pr. D. de inj. 47, 10.) Gaj. 1, 53. u. ö. Severitas könnte daher als abstractum für strictum jus stehen, worüber vergl. §. 68. Note 526., somit ea severitate für eo stricto jure. Allein das Herbeiziehen des strictum jus erscheint mir ungeeignet. Böck.: eo jure proprio, woraus dann: ea proprietate ward; allein diese Conjectur scheint mir ohne äußere, wie innere Berechtigung zu sein.

30) Böck. sagt: locus corruptus aut id expressisse videtur, quod Paul. L. 11. D. tit. cit. 1. 2. „quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile", aut id quod Ulp. l. 6. pr. D. eod. „Jus civile est quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium id est civile efficimus." Der Sinn dieser Annahme ist mir jedoch in mehrfacher Beziehung noch unklar.

nahme bereits durch den Hinweis darauf zurückweisen zu dürfen, daß mit Ausnahme der lexicalischen Parthie der Interpretamenta des Dositheus alle übrigen Stücke dieses Werkes entschieden nicht als Compilationen zu gelten haben, schon dieser Umstand aber es als unglaubhaft erscheinen läßt, daß gerade das juristische Stück jenes Werkes aus verschiedenen Schriften zusammengetragen sei. Vielmehr liegt es nahe, daß Dositheus das Werk eines der angesehensten Juristen seiner Zeit excerpweise mittheilte und übersetzte, ohne sich der Mühe einer für einen Nichtjuristen stets höchst gewagten Compilation zu unterziehen.

Cujacius und Spätere dagegen haben die Urheberschaft jenes Originalwerkes dem Ulpianus beigemessen, eine Annahme, welche durch Schilling gründlich und genügend widerlegt ist[30a]). Andere wiederum haben an Gajus, als den Autor gedacht[31]), dabei jedoch die innere Unmöglichkeit solcher Annahme übersehen, welche darauf beruht, daß einestheils Gajus die trichotomische Eintheilung des Rechtes in ein jus civile, naturale und jus gentium nicht anerkennt, und selbst bei der dichotomischen Eintheilung seine Theorie nicht auf den Gegensatz eines jus naturale und civile, als vielmehr eines jus gentium und jus civile stützt; anderntheils aber auch die Definition vom jus civile bei Gajus völlig verschieden lautet von der vom Verfasser des Dositheischen Bruchstückes gegebenen Definition[31a]).

Lachmann endlich l. c. p. 18. hat in Paulus den Verfasser des in Frage stehenden Originalwerkes vermuthet. Allein abgesehen von den chronologischen Bedenklichkeiten solcher Annahme, welche Lachmann selbst sich nicht birgt, so können wir dieselbe auch um deßwillen als unrichtig mit Bestimmtheit zurückweisen, weil die Definition von jus civile, als jus quod omnibus civibus propriis aut majori parti expedit sachlich identisch ist mit der von Paulus in lib. 14. ad Sabin. (l. 11. D. de J. et J. 1, 1.) gegebenen Definition, welche das jus civile als Recht hinstellt, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est. Da nun der Verfasser des Dositheischen Bruchstückes nicht allein

30a) Vergl. Schilling l. c. p. 37 sq.

31) Vergl. Schilling l. c. p. 38.

31a) Vergl. auch Schilling l. c. p. 45. fin. sq.

diese Definition verwirft, vielmehr die Erklärung: proprium civium Romanorum als angemessener vorzieht, sondern auch die Vertreter jener von Paulus adoptirten, anderweiten Definition durch quidam bezeichnet, so kann auch Paulus unmöglich der Verfasser des in Frage stehenden Originalwerkes sein, weil sonst derselbe ebensowohl seine eigenen Lehrsätze verwerfen, wie auch sich selbst durch quidam ajunt einführen würde.

§. 6.

Um zu einer angemesseneren Bestimmung bezüglich des Verfassers des in Frage stehenden Originalwerkes zu gelangen, erscheint es nothwendig folgende Leitpunkte sich zu vergegenwärtigen:

a) der Verfasser schrieb vor 207 p. C. — als auf welches Jahr Dositheus selbst in seinen Interpretamenta im Eingange zu dem Stücke aus der Genealogia Hygini hinweist, — sowie nach Julianus, — da dieser bereits in dem in Frage stehenden Dositheischen Werke (§. 17. L.) citirt wird;

b) das juristische Werk, welches Dositheus mittheilte und übersetzte, führte den Titel Regulae, worauf Dositheus selbst hinweist, indem er in §. 5. L. sagt:

Regulas enim exsequenti mihi, etc.
τοὺς γὰς κανόνας ἐπεξιόντι μοι. κ. τ. λ.

c) der Verfasser des Originaltextes war ein zu Anfang des 3. Jahrhunderts p. C. in Ansehen stehender Jurist, wie theils daraus sich ergiebt, daß Dositheus überhaupt ein Werk desselben zur Bearbeitung wählte, theils daraus, daß Paulus demselben in einzelnen Punkten sich anschloß, vergl. unten §. 7.

Da nun, wie bemerkt, Gajus, Paulus und Ulpianus als Verfasser des Originalwerkes nicht anerkannt werden können, von den übrigen Verfassern von Werken Regularum aber Neratius in eine zu frühe, Licinius Rufinus, Marcianus und Modestinus dagegen in eine zu späte Zeit fallen, so führen die obigen drei Momente darauf hin, entweder in des Pomponius lib. sing. Regularum oder in des Cervidius Scaevola libri quatuor Regularum das von Dositheus mitgetheilte und verarbeitete Originalwerk anzuerkennen.

Dieses alternative Resultat glauben wir als ein höchst wahrscheinliches hinstellen zu können. Als zweifelhafter dagegen erkennen wir die Entscheidung der Frage an, welches jener beiden Werke Regularum den Dositheischen Interpretamenta zu Grunde liegt, da die Anhaltepunkte hierfür in der That nur schwach sind. Dennoch meinen wir, uns für Pomponius entscheiden zu dürfen, da wir in dem Dositheischen Texte verhältnißmäßig sehr zahlreichen Citaten von Autoritäten begegnen (in § 12 L.: Proculus, in §. 14.: Octavenus, in §. 17.: Julianus und Neratius Priscus, in §. 20.: die prudentes), gerade hierin aber eine Eigenthümlichkeit des Pomponius im Vergleiche mit Scaevola, bei dem solche Citate verhältnißmäßig selten sind, zu finden ist, anderntheils aber auch, wie bereits Schilling l. c. p. 53. bemerkt, gerade Pomponius unter allen röm. Juristen derjenige ist, welcher, namentlich in den die Manumission betreffenden Fragen, den Octavenus am häufigsten citirt. Dagegen habe ich aus Parallelstellen[32]) einzelnen Ausdrücken u. dergl. ein mir genügendes Argument zu gewinnen nicht vermocht.

Somit erkennen wir in Pomponius lib. sing. Regularum das durch Dositheus überlieferte Originalwerk an, welches von dem

---

32) Eine Parallelstelle bietet z. B. zu §. 18. L. Scaevola lib. 4. Respons. und die Nota des Paulus dazu (l. 26. D. qui et a quib. manum. 40, 9.). Hierbei bemerke ich zugleich, daß die von Pithou aufgestellte, von Schilling, Böcking und Lachmann gebilligte Lesart: nisi si oder nisi forte solvendo sit, falsch ist. Denn solvendo esse heißt immer nur zahlungsfähig sein, auf die Solvenz des Pfandschuldners aber kann bei der Frage, ob die von demselben vorgenommene Manumission des verpfändeten Sclaven rechtsbeständig sei, Nichts ankommen, wie dies auch Paulus bezeugt in l. 39. ad Edict. (l. 3. D. de manum. 40, 1.): servus pignori datus, etiam si debitor locuples sit, manumitti non potest. Wohl aber ist entscheidender Moment für jene Frage, ob der Schuldner die Schuld zahlt und somit das Pfand löst. Dies besagt die oben citirte l. 26. D. und dies muß auch der Sinn von §. 18. cit. sein. Uebereinstimmend hiermit weist auch der lateinische Text der Scaligerschen Handschrift: nisi si solvendum non sit (Voss: nisi forte adcredendum sit) auf ein nisi si forte solvendus sit hin, wo dann solvi im Sinne von liberari zu fassen ist. Allein der lateinische Text scheint mir überhaupt dem Urtexte ferner zu stehen als der griech. Text, welcher ει μη προς αποδοσιν η (Voss.) oder ει μη ου προς αποδοσιν (Scal.) bietet, namentlich da ἀπόδοσις im Gloss. Graeco-Latin. des Dositheus selbst mit luitio übersetzt ist.

Letzteren excerpirt, im Uebrigen aber im lateinischen Originaltext, wie in griechischer Uebersetzung unter Einfügung der nothwendigen Uebergänge herausgegeben ward.

§. 7.

Vergegenwärtigen wir uns schließlich noch die Resultate, welche wir aus einer Vergleichung des in §. 4. von uns festgestellten Textes von lib. sing. Regularum des Pomponius mit den Ergebnissen der in dem gegenwärtigen Theile unseres Werkes geführten Untersuchungen gewinnen, so finden wir, daß

1) dadurch die in §. 90. unter C. von uns aufgestellte Ansicht bestätigt wird, daß auch Pomponius das jus naturale und aequum et bonum in eine innigere, und zwar, wie sich aus §. 3. des Textes (nach der von uns angenommenen Paragraphirung) ergiebt, in eine systematische Verbindung gebracht habe; ferner

2) daß Paulus sowohl die in §. 90. unter A. festgestellte Verbindung von jus naturale und aequum et bonum von Pomponius oder einem noch früheren Juristen, wie auch die in §. 90. unter A. angegebene Definition vom jus civile von einem Juristen entlehnte, der älter war, als Pomponius; endlich

3) daß Pomponius den particulären Character des jus civile nicht vom Gesichtspunkte der comparativen Jurisprudenz, sondern der Herrschaft des Rechtes über das Subject auffaßte (vergl. §. 83.), dagegen das jus gentium in jener Modalität characterisirte, von der wir es in §. 81. für zweifelhaft erklären mußten, ob dadurch die nationale oder die personale Gemeingültigkeit des jus gentium bezeichnet werden sollte.

Alle diese Beiträge zu den von uns behandelten Lehren sind immerhin beachtungswerth genug bei dem trümmerhaften Zustande der Quellen, aus denen wir unsere Kenntniß von der Behandlung jener Lehren Seitens der röm. Jurisprudenz schöpfen.

Druck von J. S. Wassermann in Leipzig.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 4. Z. 11. statt ihrer lies dieser.

„ 14. „ 12. st. mußten l. müßten.

„ 16. „ 20. st. stützten l. stützen.

A. 13. „ 5. st. nur l. dabei.

S. 54. „ 27. st. physischer l. psychischer.

„ 56. „ 6. st. einwirkt l. einwirke.

„ 60. „ 27. l. solcher aber auch.

„ 73. „ 4. fg. st. das jus civile l. die Civität, st. das jus gentium l. die Libertät.

„ 80. „ 15. st. der der l. der Lehre der.

A. 50. „ 2. st. Empir. Math. l. Empir. adv. Math.

S. 84. „ 1. l. τὸ δίκαιον εἶναι καὶ τὸ αἰσχρὸν οὐ φύσει, ἀλλὰ νόμῳ.

„ 84. „ 14. st. ἀδικίη l. ἀδικία.

„ 87. 88. init. Die hier gegebene Darstellung wird wesentlich unterstützt durch die S. 149. Z. 11. vorgetragene, an sich wahrscheinliche Annahme.

„ 93. „ 28. st. belius l. beluis.

A. 86. „ 4. füge bei Diogen. Laert. VIII, 20. Athen. X. p. 480. F.

S. 96. „ 30. streiche ähnlicher.

„ 115. „ 29. st. bestimmter l. bestimmbar.

„ 120. „ 17. st. μέσον l. μέσου.

„ 121. „ 5. st. V, 3, 5. l. V, 3, 4.

„ 122. „ 16. u. 32. st. §. 26. l. §. 25.

„ 123. „ 6. st. begreiflichen l. begrifflichen.

„ 129. „ 24. st. Epicurtus l. Epicurus.

„ 131. „ 1. st. natura est l. natura sui est.

A. 193. „ füge bei: Vergl. Cic. de Fin. II, 16, 51.

S. 141. „ 4. l. Plut. de Stoic. rep. VII, 2. de Virt. mor. II.

„ 141. „ 8. l. Chrysipp. bei Diogen.

„ 143. „ 22. st. de Stoic. cap. l. de Stoic. rep.

„ 147. „ 7. st. Beörterung l. Erörterung.

„ 162. „ 8. hinter Skepticismus füge bei: (ebenso wie der Epicuräismus).

A. 250. „ 1. füge bei de Fin. II, 14, 45.

„ 254. — — „ „ de Fin. II, 14, 45. fin. 46.

„ 267. Z. 5. „ „ Vergl. auch de Fin. II, 14, 45.

„ 269. „ 1. „ „ de Fin. II, 12, 37.

„ 325. „ 2. „ „ Plut. de Exil. 5.



S. 239. Z. 17. st. eges l. leges.
N. 343. „ 3. st. de Fin. 19, 64. l. de Fin. III, 19, 64.
„ 346. „ 2. füge bei: In de Fin. III, 20, 67. quasi civile jus genannt
S. 244. „ 13. st. comporis l. corporis.
„ 254. „ 2. hinter endlich füge bei: Trebatius Testa, der als Epicuräer genannt wird, (Cic. ad Fam. VII, 12, 1.) und
„ 255. „ 5. hinter Sent. rec. IV, 9, 5. füge bei: auf die Dialectici bei Africanus lib. 5. Quaest. (l. 88. pr. D. ad l. Falc. 35, 2.),
„ 255. „ 7. hinter §. 10. J. eod.), füge bei: sowie bei Julianus lib. 54. Dig. (l. 65. D. de R. J. 50, 17.).
„ 262. „ 7. st. geführt l. gegeben.
N. 423. „ 1. l. Julianus lib. 54. Dig. (l. 65. D. de R. J. 50, 17.) [und danach Ulpianus.
S. 272. „ 17. st. den Rechtsverhältnissen inwohnenden l. in den Rechtsverhältnissen wirkenden.
„ 276. „ 13. st. Lebensregeln l. Lebensregel.
N. 432. „ 8. füge bei: Ebenso sagt Plut. de Am. prol. 3.: ἡ γὰρ φύσις — — ἄνθρωπον — — πολιτικὸν ζῷον — εἰσάγουσα.
„ 432. „ 9. st. welchen Begriff l. welche Vorstellung.
S. 284. „ 2. st. modoanseres l. modo anseres.
N. 451. „ 16. st. nisia l. nisi a.
S. 297. „ 23. st. Menschenmöglich l. Menschen möglich.
„ 308. „ 15. st. *gentium* l. gent*ium*.
„ 331. „ 28. st. Montesquien l. Montesquieu.
„ 340. „ 6. st. Juristen der l. Juristen in der.
N. 539. „ 6. streiche: (wofür allerdings immer nur ratio aequitatis steht).
S. 367. „ 17. st. sit l. cit.
„ 368. „ 24. st. beifügen l. besprechen.
„ 414. „ 21. st. einestheils l. eines theils.
„ „ „ 34. st. gentium l. gentium jus.
„ 417. „ 7. füge bei: von Gaius Inst. 4, 37. durch nostrae leges.
„ „ „ 33. st. Romanus l. Romanos.
„ 420. „ 19. st. absprechen l. abzusprechen.
„ 421. „ 23. streiche: resp. divina quadam providentia,
N. 592. „ 3. st. πρὸστἄλλα l. πρὸς τἄλλα.
S. 440. „ 8. ff. l. anregte. Und in der That erkannte Marcian in dem
„ 443. „ 37. l. *tium est societas, quam inire* omnes.
„ 444. „ 29. st. δάσω l. δώσω.
N. 609. „ 1. st. Justinian l. Justinians Digesten.
S. 512. „ 11. st. turale l. naturale.
„ 535. „ 7. st. temporantia l. temperantia.
„ 564. „ 5. st. bietet. Dieser l. bieten. Diese.
Durchgängig st. Gajus l. Gaius.

